Alfredo Morles Hernández

CURSO DE DERECHO MERCANTIL

Introducción
La empresa
El empresario

TOMO I

2007



ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ
PROFESOR DE DERECHO MERCANTIL
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO

CURSO DE DERECHO MERCANTIL

TOMO I

INTRODUCCIÓN. LA EMPRESA. EL EMPRESARIO



Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 2007

ÍNDICE

PRIMERA PARTE

Introducción

Capítulo I
INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO MERCANTIL CONCEPTO DE DERECHO MERCANTIL

Capítulo II
LA AUTONOMIA DEL DERECHO MERCANTIL Y LA UNIFICACION DEL DERECHO PRIVADO

SEGUNDA PARTE

La empresa

Capítulo VI
LA EMPRESA

Capítulo VII
EL FONDO DE COMERCIO

Capítulo VIII
LOS DERECHOS INTELECTUALES

Capítulo IX
LAS PATENTES DE INVENCION

TERCERA PARTE

El empresario

Capítulo X
EL EMPRESARIO

Capítulo XI
LA PUBLICIDAD MERCANTIL

Capítulo XI
LA PUBLICIDAD MERCANTIL

Capítulo XII
LA CONTABILIDAD MERCANTIL

Capítulo XIII
LA COMPETENCIA

Capítulo XIV
LOS AUXILIARES DEL EMPRESARIO

Capítulo XV
CONCEPTO DE ACTO DE COMERCIO

Capítulo XVI
EL ACTO DE COMERCIO OBJETIVO

Capítulo XVII
EL ACTO DE COMERCIO SUBJETIVO

Capítulo XVIII
LA BANCA

Capítulo XIX
LA BOLSA

Capítulo XX
LOS ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN

1. El sistema de normas obligatorias que regula la vida social, llamado Derecho objetivo, se divide desde la antigüedad romana en derecho público y derecho privado. El derecho mercantil es una de las dos ramas del derecho privado. Derecho indiferenciado del derecho común en la Antigüedad, adquiere fisonomía precisa en el seno de las corporaciones medioevales de comerciantes y es reducido a textos cuya uniformidad traspasa los linderos de las ciudades (nuevo ius gentium). Con la aparición de los estados nacionales, desaparece el derecho mercantil como derecho de una corporación (derecho estatutario) y pasa a ser parte de las legislaciones nacionales. A raíz de la Revolución Francesa, el derecho mercantil es recogido en un Código y la tendencia codificadora se extiende al mundo entero: a Venezuela llega en 1862, en época de la dictadura de José Antonio Páez, año en el cual se dicta nuestro primer Código de Comercio, el 15 de febrero.

2. El derecho mercantil, antes derecho de los comerciantes, pasa a ser derecho de los actos de comercio a partir del Código de Comercio francés (1807), sin abandonar el criterio de comerciante. Así permanece hasta que en Italia se decide, en 1942, unificar formal y sustancialmente el derecho privado en un solo código, el Código Civil, al cual se incorpora la materia tradicionalmente comprendida en los códigos de comercio. Al mismo tiempo, se procede a definir y a regular la figura del empresario, el sujeto (individual o colectivo) que desarrolla una actividad económica organizada (empresa) de producción, de intermediación, o de prestación de servicios con destino al mercado.

3. Las definiciones formales de derecho mercantil no tienen mayores dificultades, porque se concretan al derecho positivo. Las sustanciales son motivo de discrepancia y muestran una gran diversidad, pero se puede observar una tendencia predominantemente orientada hacia los conceptos de empresario y empresa, salvo en Francia, en donde actualmente prevalece el concepto objetivo de droit des affaires.

4. En los ordenamientos jurídicos en los cuales el derecho mercantil está separado del civil, formal y sustancialmente, como es el caso de Venezuela, se plantean cuestiones relacionadas con la conveniencia de la unificación o de la preservación de la autonomía; y es necesario hacer indagaciones sobre método e interpretación de las normas del sistema.

5. Codificado o descodificado, el derecho mercantil tiene peculiaridades que lo distinguen, entre las cuales se destacan: celeridad inherente a todos los actos y negocios, porque el consumidor tiene varias alternativas para escoger; contratación en masa que requiere el uso forzoso de contratos de adhesión o la sustitución o eliminación de textos escritos; necesidad de reglas generales que consagren interpretaciones ceñidas a la buena fe, a la proscripción del abuso y al mantenimiento del equilibrio contractual; acelerado proceso de transición hacia un derecho mas extenso de la actuación de los operadores económicos en un mercado mas amplio geográficamente y con dimensión electrónica agregada.

6. Las fuentes del derecho mercantil en Venezuela se han visto modificadas por el sistema de integración económica, a raíz de la promulgación de la Constitución de 1999, en cuyo artículo 153 se dispone que "las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna".

7. Como el derecho mercantil es un derecho regulador de actividades económicas, es necesario examinar el tratamiento que la Constitución le asigna a esta materia. También se requiere precisar hasta donde ha llegado la penetración de los conceptos de protección al consumidor y al usuario, frente a una actividad económica de producción en masa potencialmente generadora de daños.

claro que el Código del 15 de febrero se publicó efectivamente en el Registro Oficial, de los Nos. 21 (1º de marzo de 1862) al 40 (25 de junio de 1862) y que comenzaría a regir a partir del 5 de julio de 1862 (Grisanti Luciani).

Por razones hasta ahora no aclaradas, se puso en vigencia pocos días después (el 29 de agosto de 1862), un nuevo texto, el cual ha sido considerado en ocasiones como nuestro primer Código de Comercio. En todo caso, el Código del 15 de febrero apenas estuvo en vigencia 54 días y sus diferencias con el Código del 29 de agosto son insignificantes. Puede afirmarse que el texto del 15 de febrero corresponde al original redactado por la Comisión designada en 1861 por el Ejecutivo Nacional, compuesta por José Reyes, Isaac J. Pardo, Fernando Antonio Díaz y Modesto Urbaneja, basado a su vez en el Proyecto elaborado en 1842 por Francisco Aranda, Francisco Díaz y Juan José Romero, según información suministrada por Nicomedes Zuloaga (Parra Aranguren).

Cualquier cambio que aparezca en el Código del 29 de agosto debería ser considerado responsabilidad del Ejecutivo Nacional, órgano que lo puso en vigencia por medio de un decreto-ley, sin que hasta el momento haya podido aparecer la razón de las modificaciones, las cuales carecen de importancia. Se ha señalado que el código o los códigos de 1862 son textos muy primitivos con influencia francesa y española principalmente, aunque los redactores afirmaron haber consultado "otros" códigos (Olavarría Avila).

Con excepción de la quiebra por alzamiento (Libro Cuarto, Título IV, Ley II y Ley IV), institución que sólo aparece en el texto del 29 de agosto, los dos Códigos de Comercio de 1862 ordenaban el tratamiento de la materia en la misma forma.

EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1873

El Código de Comercio de 20 de febrero de 1873, dictado por Antonio Guzmán Blanco, además de preservar la influencia francesa y española de 1862, recibe principalmente inspiración del Código de Comercio de Chile de 1865: "tomó del chileno de 1865 casi todo el Título Preliminar de éste, llamándolo también "Disposiciones Generales". Dicho Título Preliminar no existía en

el Código de 1862. Luego tomó el párrafo de la contabilidad y el de la correspondencia mercantil de la misma fuente. Igualmente, las reglas sobre corredores, instrumentos negociables, seguros y casi todos los contratos, especialmente el de cuenta corriente, que está literalmente copiado en el Código venezolano, tuvieron la misma fuente. Sin embargo, el Libro II, sobre el comercio marítimo, es una reproducción muy reducida del Libro 11, sobre la misma materia, del Código chileno" (Olavarría Avila). Este código de 1873 constituyó un progreso para la legislación mercantil, tanto desde el punto de vista formal como desde el punto de vista del contenido, habiéndose introducido instituciones como el Registro de Comercio; la Bolsa; y las obligaciones y contratos mercantiles (todavía en vigencia). El Código de Comercio de 1873 fue el resultado del trabajo de revisión efectuado por dos personas: Manuel Cadenas Delgado e Isaac J. Pardo, designados con tal fin por el Ejecutivo Nacional.

EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1904

El Código de Comercio de 20 de enero de 1904 marca el ingreso de la influencia alemana en nuestra legislación, pues a iniciativa de Carlos F. Grisanti se consagró el principio de la naturaleza abstracta de las obligaciones cambiarias. Angel César Rivas publicó un importante estudio sobre este código en The Commercial Laws of the World, Volume III (Venezuela and Ecuador); edición alemana: 1908; edición americana: 1911-14; estudio que fue reproducido en el Nº 13 de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, a iniciativa del autor de este curso. El estudio de Rivas ha sido considerado fantasioso por Jean-Marie Le Boulangé, cuando se refiere a las fuentes que tomaron en cuenta los codificadores. El código de 1904 fue producto del trabajo de una comisión codificadora que integraron Ramón F. Feo, Manuel C. Urbaneja, Nicomedes Zuloaga y Carlos F. Grisanti. Introdujo instituciones no reguladas por el código anterior: la firma, las Cámaras de Comercio, las ferias y mercados, los cheques. Perfeccionó el tratamiento de otras: los actos de comercio, las bolsas, los transportes, las sociedades y los seguros terrestres, pero la mayor innovación correspondió al régimen de los atrasos y las quiebras (Olavarría Avila).

EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1919

El 23 de junio de 1919, el Congreso de los Estados Unidos de Venezuela sancionó el Código de Comercio vigente, cuyas reformas más importantes fueron:

a) la adopción del Reglamento Uniforme de La Haya de 1912 en materia de letra de cambio;

b) la introducción de la reglamentación de la cuenta corriente bancaria, tomada del Código de Comercio argentino de 1862;

c) la acentuación de la influencia del derecho italiano de sociedades, presente en el Código de Comercio italiano de 1882.

El Código de Comercio de 1919 fue elaborado por una Comisión integrada originalmente por Emilio Constantino Guerrero, José Loreto Arismendi, Carlos F. Grisanti, Francisco Arroyo Parejo, Juan Bautista Bance, José Santiago Rodríguez y Cristóbal L. Mendoza. El número de miembros se amplió luego para incluir a Carlos Alberto Urbaneja, Federico Urbano, Nicomedes Zuloaga y Alejandro Pietri (h).

El Código vigente ha sufrido las reformas siguientes:

1. el 4 de julio de 1938, sobre requisitos para el funcionamiento de compañías extranjeras en el país;
2. el 17 de agosto de 1942, sobre eliminación de las normas sobre sociedades cooperativas, las cuales se trasladaron a una ley especial;
3. el 1º de septiembre de 1945, para adaptar el Código a la Ley Orgánica del Poder Judicial, que no entró en vigencia;
4. el 23 de julio de 1955, por medio de la cual se eliminó la autorización a la mujer casada para comerciar; se adoptó un régimen de publicidad para la enajenación del fondo de comercio; se establecieron sanciones penales en materia de cheques; y se introdujo la sociedad de responsabilidad

limitada en nuestro ordenamiento jurídico. La reforma mercantil de 1955 fue elaborada por el profesor Roberto Goldschmidt por encargo del Ministerio de Justicia. La discusión parlamentaria contribuyó al perfeccionamiento del texto original, a través de intervenciones de los diputados Julio César Acosta, Rafael Heredia, Hugo Unda Briceño y Jesús Urdaneta Araujo. Una revisión de las incidencias parlamentarias puede hacerse en la obra de Acosta titulada "El proyectista y el legislador en la reforma del Código de Comercio en el año 1955".

IX. RESUMEN

1. El Derecho Mercantil es la disciplina que regula muchos de los actos más comunes de la vida ordinaria y las grandes operaciones de la economía capitalista (banca, bolsa, seguros, etc.).

2 . El Derecho Privado está regulado en Venezuela por dos textos básicos: un Código Civil y un Código de Comercio. La actividad de subsunción está precedida de la labor de determinación de la cualidad civil o mercantil del supuesto considerado.

3 . El Derecho Mercantil nació en la Edad Media en el seno de las corporaciones de comerciantes. Ha sido, históricamente, el derecho de los comerciantes y el derecho de los actos de comercio.

4. Mas recientemente, se ha orientado en algunas legislaciones a ser el derecho de los actos en masa y el derecho de la empresa.

5. Se le identifica doctrinalmente en Francia como derecho de los negocios (*droit des affaires*); en España como derecho ordenador de la organización y de la actividad profesional de los empresarios; en la República Argentina como el ordenamiento privado propio de los empresarios, de su estatuto y de la actividad externa que éstos realizan por

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA, Julio César: "El proyectista y el legislador en la reforma del Código de Comercio en el año 1955"; Imprenta Nacional, Caracas 1956.

ANAYA, Jaime L.:

a. "Orientación de la doctrina argentina en torno a la codificación del Derecho Mercantil. Los proyectos de reforma", II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1988.

b. "La unificación del derecho privado. Un replanteo necesario"; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Argentina 1990.

c. "Consideraciones sobre la unificación del derecho privado", en el folleto "Unificación Civil y comercial: lo posible y lo conveniente"; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, República Argentina, 1996.

AULETTA, Giuseppe y SALANITRO, Niccolò:

a) "Diritto Commerciale", cuarta edición; Giuffrè, Milán 1986.

b) Idem, décima edición; Giuffrè, Milán 1996.

BARBOZA PARRA, Ely Saúl: "Derecho mercantil. Manual teórico práctico", tercera edición, volumen I; Universidad de Los Andes, Mérida 1995.

BARRERA GRAF, Jorge:

a) "El Derecho Mercantil en América Latina"; Universidad Nacional Autónoma de México, México 1963;

b) "Orientación de la doctrina mexicana en torno a la codificación del Derecho Mercantil. Los proyectos de reforma"; II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1988.

c) Instituciones de Derecho Mercantil; Editorial Porrúa, México 1989.

BENITO MAMPEL, José de: "Por qué Roma ignoró la separación del Derecho civil y el mercantil", en "Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría"; Civitas, Madrid 1978.

JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco: "Appunti di diritto commerciale", cuarta edición; Giuffré, Milán 1997.

JAUFFRET, Alfred (par Jacques Mestre): "Droit commercial", vigésimo tercera edición; L.G.D.J., París 1997.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo Jesús: "Aproximación al tema del concepto del Derecho Mercantil", en "Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría"; Civitas, Madrid 1978.

JUGLART, Michel de; e IPPOLITO, Benjamín:

a. "Cours de Droit Commercial"; Editions Montchrestien, París 1984.

b. Idem, undécima edición, primer volumen; Montchrestien, París 1995.

KUMMEROW, Gert: Nota Preliminar del libro "Estudios escogidos" de Luis Sanojo y Julián Viso; Ministerio de justicia, Caracas 1959.

LANGLE Y RUBIO, Emilio: "Manual de Derecho Mercantil Español", Tomo Primero; Bosch Casa Editorial, Barcelona 1950.

MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramón E.: "Principios de derecho comercial"; séptima edición, Editorial Temis, Santafé de Bogotá 1997.

MANTILLA MOLINA, Roberto L.:

a) "Derecho Mercantil", tercera edición; Editorial Porrúa S. A., México 1956.

b) Idem, vigésimo novena edición (tercera reimpresión) a cargo de Roberto L. Mantilla Caballero y José María Abascal Zamora; Editorial Porrúa, México 1997.

MÁRMOL MARQUIS, Hugo: "Fundamentos de Derecho Mercantil. Parte General"; Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1978.

MEDINA VERGARA, Jairo; RAVASSA MORENO, Gerardo José: "Derecho comercial general", primera edición; Universidad Santo Tomás, Bogotá 1994.

MOSSA, Lorenzo: "Derecho Mercantil", Uteha Argentina, Buenos Aires 1940.

NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio: "Introducción al derecho mercantil", VII edición; Ediciones Doctrina y Ley, Santafé de Bogotá 1995

NUÑEZ, Jorge Enrique: "Curso de derecho mercantil", Parte General; Paredes Editores, Caracas 1984.

OLAVARRÍA ÁVILA, Julio: "Los Códigos de Comercio Latinoamericanos"; Editorial jurídica de Chile, Santiago 1961.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel: "Concepto del derecho mercantil", en "Lecciones de derecho mercantil", coordinación de Guillermo J. Jiménez Sánchez, 4ª edición; Tecnos, Madrid 1997.

PARRA ARANGUREN, Gonzalo: "Antecedentes históricos del Código de Comercio"; en "Código de Comercio de Venezuela" de Oscar Lazo; Ediciones Legis S.A., Caracas 1969.

PINEDA LEON, Pedro: "Principios de Derecho Mercantil"; Talleres Gráficos Universitarios, Mérida 1972.

PINZÓN, Gabino:

a) "Introducción al Derecho Comercial"; Editorial Temis S.A., Bogotá 1985;

b) "La preservación del Código de Comercio en la legislación de Colombia"; II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1988.

REHME, Paul: "Historia Universal del Derecho Mercantil"; Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1941.

REINHARD, Ives: "Droit commercial", cuarta edición, Litec, París 1996.

REQUIAO, Rubens:

a. "Curso de Direito Comercial", décimo séptima edición, Volumen 1º; Editora Saraiva, Sao Paulo 1986.

b. Idem, vigésima edición, Volumen 1º; Saraiva, Sao Paulo 1995.

RIPERT, Georges: "Traité Elémentaire de Droit Commercial", 1; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París 1968.

RIVAS, Angel César: "El Derecho de Comercio, de Cambio, de Quiebra y Marítimo de Venezuela"; Nº 13 (1972) de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

ROCCO, Alfredo: "Principios de Derecho Mercantil"; Editora Nacional S.A., México 1955.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín: "Derecho Mercantil", I; Editorial Porrúa S.A., México 1972.

SANCHEZ CALERO, Fernando:

a. "Instituciones de Derecho Mercantil", Tomo I, décimonovena edición; Editoria Revista de Derecho Privado, Madrid 1996;

b. Idem, vigésima edición; Mc.Graw-Hill, Madrid 1997.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo: "Derecho Comercial", Tomo I; Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1994.

SAINTOURENS, Bernard: "Droit des affaires"; Presses Universitaires de Grenoble, 1997.

SCHMIDT, Karsten: "Derecho comercial", traducción de la tercera edición alemana por Federico E.G. Werner y supervisión académica de Rafael Mariano Manóvil; Astrea, Buenos Aires 1997.

SOLA CAÑIZARES, Felipe de: "Tratado de Derecho Comercial Comparado", Tomo I; Montaner y Simón, Barcelona 1963.

SPENCER, Milton H.: "Economía Contemporánea"; Editorial Reverté S.A., Barcelona (España) 1975-76.

TENA, Felipe de J.: "Derecho mercantil mexicano", décimo sexta edición; Porrúa, México 1996.

TINOCO, Alejandro: "Anotaciones de derecho mercantil"; Editorial La Torre, Caracas s/f.

URIA, Rodrigo:

a. "Derecho Mercantil", Décimotercera edición; Imprenta Aguirre, Madrid 1985.

b. Idem, vigésimo cuarta edición; Marcial Pons, Madrid 1997.

VEGAS ROLANDO, Nicolás: "Derecho mercantil"; editorial Panapo, Caracas 1990.

VELÁZQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto: "Instituciones de derecho comercial", primera edición; Diké, Medellín 1995.

VIVANTE, César: "Tratado de Derecho Mercantil", Volumen I; Editorial Reus, Madrid 1932.

WITKER VELÁSQUEZ, Jorge: "Derecho Mercantil y Derecho Económico", en "La Reforma de la Legislación Mercantil"; Editorial Porrúa S.A., México 1985.

ZULOAGA, Nicomedes: "Código Civil"; Tipografía del Comercio, Caracas 1899.

Capítulo II

La autonomia del derecho mercantil y la unificación del derecho privado

I. Introducción

Los problemas de la autonomía del Derecho Mercantil –en sus diversos aspectos– han sido objeto de extensa elaboración por la doctrina mercantil, especialmente después de la intervención de César Vivante desde su cátedra de la Universidad de Bolonia en 1892, a través de una famosa prolusión.

La autonomía formal tiene una relativa relevancia puesto que no es imprescindible regular las materias civil y mercantil en textos separados. La conveniencia de unificar o dividir el derecho privado es,

valor teórico de los criterios– ¿cuál es el Derecho Privado? Se dice que el Derecho Privado está constituido por el Derecho Civil y el Derecho Mercantil, lo cual no es totalmente exacto. En efecto, el Derecho Mercantil también estaría constituido por disposiciones de Derecho Público. El Código de Comercio venezolano suministra varios ejemplos:

a) Normas de Derecho Procesal (materia que la doctrina moderna ubica dentro del campo del Derecho Público): el Libro Cuarto del Código de Comercio se refiere a la jurisdicción comercial, a los procesos concursales (quiebras y atraso) y a otros procedimientos mercantiles;

b) Normas de Derecho Administrativo: las disposiciones relativas al Registro de Comercio, que algunos consideran jurisdicción voluntaria, pertenecen al Derecho Administrativo. En las leyes mercantiles especiales, el contenido administrativo es más amplio y se refiere a la constitución, funcionamiento y extinción de empresas bancarias, de seguros o del mercado de capitales, en normas específicamente destinadas a estos campos;

c) Normas de Derecho Penal: el Código de Comercio contiene disposiciones que –tipifican el hecho punible y remiten al Código Penal en cuanto a la aplicación de la pena (sociedades, artículo 370; comisión, artículo 395; quiebra, artículos 915 a 924); –o establecen directamente la pena (cheques, artículo 494).

Los ejemplos citados demuestran la relatividad o la impropiedad de los criterios de separación entre Derecho Público y Derecho Privado y, en todo caso, la imposibilidad de que la diferenciación se mantenga dentro de líneas de demarcación muy precisas.

La dualidad de sistemas no ha existido siempre. En efecto, el Derecho Mercantil nace –como categoría histórica– en la Edad Media y permanece como ordenamiento separado en gran cantidad de países, pero en forma permanente se cuestiona la fundamentación racional de esta diferenciación. La razón es que si bien las separaciones entre ramas del derecho en algunas oportunidades

obedecen a criterios puramente conceptuales, como, por ejemplo, las que se refieren al Derecho Civil y al Derecho Penal o al Derecho Sustantivo y al Derecho Formal, en cambio la distinción entre Derecho Civil y Derecho Mercantil tiene otro sostén, que parte de su propio origen: el Derecho Mercantil nace en la Edad Media por una necesidad práctica –la necesidad de resolver por medios expeditos y conforme a costumbres generalmente aceptadas los problemas de un gremio específico, el gremio de los comerciantes– porque el Derecho Común y el régimen politico-social no eran aptos para suministrar ni las normas sustantivas ni los remedios procesales adecuados. De ahí que la esencia de la distinción no se asiente en criterios elaborados previamente o que correspondan a una construcción de carácter científico.

Esta diferenciación no debe confundirse con la dualidad de ordenamientos existentes en Roma *(ius civile e ius honorarium)* y en los países de *common law (common law y equity).* En Roma había instituciones que correspondían al *ius civile e* instituciones que pertenecían al *ius honorarium,* así como en el *common law* había instituciones distintas creadas por la jurisdicción de *equity.* En ambos casos se trataba, generalmente, de procurar una solución más progresista, es decir, de dar una nueva interpretación a normas ya establecidas o de colmar un vacío normativo. Sin embargo, tanto las instituciones del *ius honorarium* como las de *equity* se extendieron a todas las personas, con prescindencia del hecho de haber sido creada hasta una jurisdicción especial para conocer de las acciones. Cuando los Estados Unidos asimilan el *common law,* ya las jurisdicciones estaban integradas.

III. La autonomía del derecho mercantil

En los ordenamientos jurídicos en los cuales el derecho privado está dividido en dos ramas, la civil y la mercantil, se ha planteado un debate relacionado con lo que se califica como "autonomía" del derecho mercantil, queriéndose significar con esa expresión la separación o independencia de éste con respecto al derecho civil. La autonomía del derecho mercantil se puede plantear desde

muy distintos puntos de vista: legislativo, formal, sustancial y didáctico.

III.1. Autonomía legislativa

Es esta una característica que tuvo el ordenamiento mercantil en el momento de su nacimiento y hasta la primera codificación o regulación por el poder público y que, por supuesto, ya ha desaparecido. Es una autonomía relacionada con la fuente de origen de las normas, ya que éstas tenían su génesis en las corporaciones, con independencia del derecho de la ciudad o del derecho del resto de los gremios, pero este *ius mercatorum* dejó de tener autonomía en el sentido expuesto.

Los otros tipos de autonomía se pueden plantear mediante la formulación de las siguientes preguntas:

> ¿Conviene dictar leyes propias para la materia mercantil formalmente separadas de la legislación civil?
>
> ¿Es el Derecho Mercantil una ciencia autónoma?
>
> ¿Es conveniente exponer la doctrina sobre las instituciones mercantiles separadamente de las que se refieren a la materia civil?

Estas interrogantes corresponden a los fenómenos de la autonomía formal, científica y didáctica, respectivamente. Antes de analizar e intentar dar respuesta a estas preguntas, examinemos una cuestión previa que nos permitirá ver el asunto en toda su amplitud.

III.2. Los grados de separación entre la legislación civil y la legislación mercantil

El derecho positivo es susceptible de mostrar, por lo menos, tres distintos grados de separación de la legislación referida a la materia mercantil:

a) *máximo grado,* caracterizado por la diversidad de normas sustantivas, normas procesales y jurisdicción. Ejemplo de

muy distintos puntos de vista: legislativo, formal, sustancial y didáctico.

III.1. Autonomía legislativa

Es esta una característica que tuvo el ordenamiento mercantil en el momento de su nacimiento y hasta la primera codificación o regulación por el poder público y que, por supuesto, ya ha desaparecido. Es una autonomía relacionada con la fuente de origen de las normas, ya que éstas tenían su génesis en las corporaciones, con independencia del derecho de la ciudad o del derecho del resto de los gremios, pero este *ius mercatorum* dejó de tener autonomía en el sentido expuesto.

Los otros tipos de autonomía se pueden plantear mediante la formulación de las siguientes preguntas:

> ¿Conviene dictar leyes propias para la materia mercantil formalmente separadas de la legislación civil?
>
> ¿Es el Derecho Mercantil una ciencia autónoma?
>
> ¿Es conveniente exponer la doctrina sobre las instituciones mercantiles separadamente de las que se refieren a la materia civil?

Estas interrogantes corresponden a los fenómenos de la autonomía formal, científica y didáctica, respectivamente. Antes de analizar e intentar dar respuesta a estas preguntas, examinemos una cuestión previa que nos permitirá ver el asunto en toda su amplitud.

III.2. Los grados de separación entre la legislación civil y la legislación mercantil

El derecho positivo es susceptible de mostrar, por lo menos, tres distintos grados de separación de la legislación referida a la materia mercantil:

a) *máximo grado,* caracterizado por la diversidad de normas sustantivas, normas procesales y jurisdicción. Ejemplo de

este grado es el sistema jurídico de Francia y el de Venezuela en el ámbito del Derecho Marítimo;

b) *mediano grado,* constituido por la desaparición de la jurisdicción comercial especial y la supervivencia de normas sustantivas y procesales diferentes para la materia mercantil. Ejemplos de esta situación están constituidos por el sistema italiano vigente hasta 1942, el sistema que rige en México y el sistema venezolano en el interior de la República;

c) *mínimo grado,* el cual se circunscribe a las normas sustantivas, existiendo unidad tanto en las normas procesales como en los tribunales encargados de aplicarlas.Este último es el sistema del ordenamiento jurídico español.

III.3. El antecedente brasileño de la polémica sobre la autonomía del derecho mercantil

El jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas, a quien se había encomendado la tarea de organizar un proyecto de Código Civil, dirigió al gobierno una comunicación, el 20 de septiembre de 1867, proponiendo la unificación del Derecho Privado. En lugar de un Código de Comercio y de un Código Civil, Teixeira de Freitas proponía un Código General y un Código Civil, el cual regularía toda la materia civil y comercial. Teixeira de Freitas subrayaba las dificultades para distinguir entre actos civiles y actos de comercio, ejercicio intelectual al cual llamaba "frívola anatomía de los actos" y consideraba arbitraria la separación de la legislación civil y mercantil, la cual se mantenía en vigor –según su criterio– por virtud de la inercia. La proposición de Teixeira de Freitas fue rechazada por su gobierno y no tuvo la repercusión que luego alcanzaría la iniciativa de Vivante.

III.4. La polémica sobre la autonomía del derecho mercantil

César Vivante, al iniciar sus clases en la Universidad de Bolonia en 1892, proclamó la necesidad de unificar el Derecho Civil y el Derecho Mercantil, partiendo de la afirmación de que ni la ciencia jurídica ni la ley habían sido capaces de establecer una clara línea de

5. la división del Derecho Privado ejerce una perniciosa influencia sobre su progreso científico:
   a) las reglas generales de la legislación mercantil son muy deficientes;
   b) las normas son excesivamente particulares;
   c) los trabajos científicos son muy pobres;
   d) a los mercantilistas les parece:
      - que todas las combinaciones nuevas tienen necesidad de una regla nueva;
      - hablan a cada paso de contratos *sui generis o* de excepciones al derecho común;
      - en cuanto la tradición jurídica los pone en algún aprieto, la dejan aparte.

Esta debilidad científica es, en parte, culpa de la autonomía –seguía diciendo Vivante– ya que quien estudia las instituciones mercantiles no tiene la vista fija y atenta a la teoría general de las obligaciones, que pertenece a otra disciplina, complaciéndose en multiplicar las excepciones al derecho común como si fueran otros tantos descubrimientos jurídicos que justifican la autonomía comercial. Toda la argumentación anterior puede sintetizarse, como lo hace Hugo Mármol Marquís, diciendo que Vivante considera al Derecho Mercantil que resulta del código separado, como injusto, inseguro, innecesariamente complicado y anticientífico.

César Vivante se retractó de su posición original en 1920, explicando que su proposición había sido inspirada por el desarreglo científico de la disciplina, condenada a vivir a media distancia entre el empirismo de la práctica y las doctrinas tradicionales consagradas por el Derecho Civil, bloqueándose en la impotencia jurídica de los contratos *sui generis.* Vivante había sido nombrado presidente de una comisión encargada de la reforma del Código de Comercio italiano en 1919. Con motivo de la presentación del proyecto, tendría ocasión de expresar:

> "Antes de iniciar la obra, la Comisión no dejó de examinar la oportunidad de fusionar en un código único el civil y el comercial. Sin embargo, el estado de madurez de las dos ramas

5. la división del Derecho Privado ejerce una perniciosa influencia sobre su progreso científico:
   a) las reglas generales de la legislación mercantil son muy deficientes;
   b) las normas son excesivamente particulares;
   c) los trabajos científicos son muy pobres;
   d) a los mercantilistas les parece:
      - que todas las combinaciones nuevas tienen necesidad de una regla nueva;
      - hablan a cada paso de contratos *sui generis o* de excepciones al derecho común;
      - en cuanto la tradición jurídica los pone en algún aprieto, la dejan aparte.

Esta debilidad científica es, en parte, culpa de la autonomía –seguía diciendo Vivante– ya que quien estudia las instituciones mercantiles no tiene la vista fija y atenta a la teoría general de las obligaciones, que pertenece a otra disciplina, complaciéndose en multiplicar las excepciones al derecho común como si fueran otros tantos descubrimientos jurídicos que justifican la autonomía comercial. Toda la argumentación anterior puede sintetizarse, como lo hace Hugo Mármol Marquís, diciendo que Vivante considera al Derecho Mercantil que resulta del código separado, como injusto, inseguro, innecesariamente complicado y anticientífico.

César Vivante se retractó de su posición original en 1920, explicando que su proposición había sido inspirada por el desarreglo científico de la disciplina, condenada a vivir a media distancia entre el empirismo de la práctica y las doctrinas tradicionales consagradas por el Derecho Civil, bloqueándose en la impotencia jurídica de los contratos *sui generis*. Vivante había sido nombrado presidente de una comisión encargada de la reforma del Código de Comercio italiano en 1919. Con motivo de la presentación del proyecto, tendría ocasión de expresar:

> "Antes de iniciar la obra, la Comisión no dejó de examinar la oportunidad de fusionar en un código único el civil y el comercial. Sin embargo, el estado de madurez de las dos ramas

cantones) y no existe una verdadera fusión, sino una simple reunión de reglas civiles y mercantiles en un solo texto;

3. algunos problemas señalados por quienes propugnan la unificación son problemas de técnica legislativa, no de la separación entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil;
4. el Derecho Mercantil se opone al civil por la simplicidad y rapidez de las operaciones y por la protección del crédito. La rapidez y ausencia de formalismo se obtienen en detrimento de la seguridad, esencial en Derecho Civil;
5. para el Derecho Civil es conveniente cierto grado de estabilidad, perjudicial para el mercantil;
6. el Derecho Mercantil es de carácter internacional y se opone al civil, eminentemente nacional. La unificación internacional del Derecho Mercantil se vería impedida por su fusión con el Derecho Civil;
7. un código único contendría normas demasiado vagas;
8. sin suprimir el derecho, es imposible suprimir la cuestión de límites.

La polémica en torno a la unificación del Derecho Privado ha sido reexaminada recientemente por Galgano ("Historia del Derecho Mercantil", versión española de Joaquín Bisbal; Editorial Laia, Barcelona 1981). El enfoque del destacado profesor italiano se centra en una revisión de los aspectos económicos y políticos de las posiciones opuestas, que estuvieron representadas en su momento por Levin Goldschmidt desde Alemania (defensor de la "especialidad" y de la "universalidad" del Derecho Mercantil contenido en un código separado) y por César Vivante desde Italia (promotor de un Derecho Mercantil integrado al Derecho Civil en una sociedad civil equilibrada donde los intereses de la clase mercantil estuvieran coordinados con los de las otras clases sociales). Galgano percibe una actitud "imperial" y "economicista" en la posición de Goldschmidt, de la cual es un precedente el Código de Comercio francés con su declarado intento de que sus normas trascendieran las fronteras nacionales. En la misma posición se encontraría la

ideología que reconoce la subsistencia de un Derecho Mercantil aun en el propio código unificado italiano de 1942. Esta posición arranca de la convicción –dice Galgano– "de que el Derecho Mercantil no es otra cosa que la sobreestructura legal de la economía de cambio y que de ella y sólo de ella adquiere su razón de ser".

III. 5. Conclusiones sobre el problema de la autonomía del derecho mercantil

La polémica en torno a la unificación del Derecho Privado ha tenido el mérito de acentuar la reflexión sobre ciertos aspectos del Derecho Mercantil y ha permitido arribar a algunas conclusiones, unánime o mayoritariamente aceptadas.

III.5.1. La jurisdicción mercantil especial

El sistema de tribunales mercantiles se inspiró en la idea de que los comerciantes estaban en mejor capacidad que los letrados para juzgar sus propios asuntos, especialmente los relacionados con los aspectos técnicos del comercio, idea proveniente de las corporaciones medioevales y recogida por el Código de Comercio francés.

> "Las corporaciones organizaron sus propios tribunales para resolver los litigios que resultasen de las actividades profesionales de sus integrantes. Esta justicia se integró con jueces comerciantes, lo que otorgaba garantía de idoneidad respecto de las cuestiones que debían resolver; fue la justicia de los pares, en la solución de conflictos derivados de negocios generalmente simples, respecto de los cuales solía ser determinante la aplicación de las prácticas en la que eran expertos tales jueces. Pero también tenia una ventaja considerable esta jurisdicción por la informalidad que permitía resolver sumariamente, *sine strepitu et figura judicii*. A lo que todavía se sumaba que las decisiones se fundaban en equidad o, según la fórmula hispánica que recoge el capitulo 1, número VI de las Ordenanzas de Bilbao de 1737, "la verdad sabida y la buena fe guardada por estilo de Mercaderes". Bajo la flexible formulación de los fundamentos, se dejaba abierto un vasto ámbito a la creatividad de estos tribunales privados, muy próximos a los árbitros arbitradores, que consolidaban jurisprudencialmente las prácticas mercantiles y sentaban algunos principios o reglas que contribuían a dotarlas de eficacia o solidez, no en contradicción pero sí al margen del *jus commune*. Y tal fue el influjo de esta Jurisprudencia emanada

> de la justicia de los cónsules, que caracterizada doctrina llega a sostener el origen procesal o jurisdiccional de la materia comercial (La Lumia y Ferrara). Se lo admita o no, parece innegable que al lado de los usos resultantes de la iniciativa negocial, las decisiones de esta justicia privada constituyeron el aspecto más dinámico del nuevo derecho." (Anaya).

Para un sector de la doctrina esta razón histórica ha dejado de tener validez: los asuntos que se litigan en los tribunales son asuntos jurídicos, algunas veces muy complejos, que los legos no están en capacidad de dirimir. Por otra parte, la especialidad del juez comerciante tiene, por fuerza, limitaciones.

El derecho comparado muestra la existencia de diversos sistemas para la regulación de la jurisdicción comercial, desde el extremo de un tribunal compuesto por comerciantes que aplica un procedimiento especial a las causas mercantiles (sistema francés clásico) hasta la desaparición de todo vestigio de diferenciación entre procedimiento y jueces para las causas civiles y mercantiles (sistema italiano). Este último sistema se aplica aún en países en los cuales existe un Código de Comercio (España). Por supuesto, entre ambos extremos existen variantes:

a) la de tribunales mixtos formados por magistrados de la carrera judicial y comerciantes (en cierta medida, el caso del artículo 1.086 del Código de Comercio venezolano);

b) la de jueces o cámaras especializados en la materia comercial, dentro de la jurisdicción ordinaria civil;

e) la de jueces juristas que conocen exclusivamente de los asuntos mercantiles (caso venezolano).

La existencia de una jurisdicción mercantil separada se ha asentado siempre en dos razones principales: se corresponde a la tradición del derecho profesional de la Edad Media y parece lo lógico cuando se considera al Derecho Mercantil como una disciplina autónoma, separada del Derecho Civil. Sin embargo, la evolución legislativa y doctrinal parece inclinarse en forma predominante a favor de la eliminación de la jurisdicción comercial, aun en los países que preservan la distinción tradicional del Derecho Privado

en dos ramas: la civil y la comercial. Es esta una materia en la cual influyen, además, factores que se encuentran al margen de la discusión doctrinal, como la tradición y la política aplicada por el Estado en la organización judicial. En el año 2001, por medio de la Ley de espacios acuáticos e insulares, se ha creado en Venezuela una jurisdicción marítima con el pretexto de que la materia es especialísima.

En algunos países ha encontrado favor el arbitraje, como sistema ágil y expedito para la solución de las controversias comerciales. En Venezuela es excepcional recurrir al arbitraje, si bien, en los contratos que envuelven relaciones internacionales es frecuente encontrar cláusulas compromisorias. Anaya observa que una característica del viejo derecho comercial que tiende a reaparecer es la *justicia especial* y de una manera muy sugestiva la *jurisdicción privada*:

> "La razón de este resurgimiento ha sido expuesta de una manera elocuente por Ferrara (hijo) cuando, lamentando la desaparición de la justicia comercial en Italia, expresa: "las exigencias del comercio, por el ritmo intenso en que se desarrollan las relaciones en los negocios, en los que se injertan, unen y sustituyen las unas a las otras, plantean la necesidad de una pronta realización del Derecho. A los comerciantes no les interesa tanto el tener razón como el obtenerla en tiempo útil; una razón tardía no les sirve. Pues bien, la regulación actual de los procedimientos mercantiles no tiene cuenta adecuada de esa necesidad. El proceso es demasiado rígido, lento y burocrático, por lo cual se produce una separación y ruptura entre lo que sucede en la vida práctica y real y lo que ofrece el orden jurídico, con el resultado contradictorio de que la aplicación del Derecho en la esfera mercantil se abandona, en buena parte, a la buena voluntad y a la honradez de los sujetos, porque el comerciante prefiere, en general, anular un negocio antes que iniciar un proceso, que representa una inmovilidad y un engorro para las actividades de su hacienda mercantil. Si el orden jurídico no quiere traicionar su función, se impone la urgente reforma en este punto y de modo radical, mediante la creación de magistrados especiales para los procesos mercantiles". La justicia comercial que más ha mantenido sus características originales ha sido la francesa, porque aún subsiste integrada por comerciantes, si bien como justicia en la órbita estatal y no privada. Aunque con una competencia reducida, ha podido superar los embates, algunos relativamente recientes, tendientes a suprimirla. En algunos países de legislación unificada ha

en el caso venezolano, la diferenciación entre un tipo de juicio y otro (el civil y el mercantil) era prácticamente nula antes de la adopción del nuevo Código de Procedimiento Civil en 1986. Luego de esta fecha la situación se ha revertido en favor del proceso civil ordinario, el cual resulta más ágil, moderno y expedito que el previsto para las causas mercantiles ordinarias en el Código de Comercio. No debería pensarse, en consecuencia, en un procedimiento mercantil ordinario para las causas mercantiles. Ahora bien, aún en los países en los cuales la jurisdicción está integrada –caso de Italia– existen ciertos supuestos en los cuales se recurre a la aplicación de procedimientos rápidos para el conocimiento y decisión de controversias comerciales. Así ocurre con la letra de cambio, regulada por un procedimiento ejecutivo breve, contemplado en la Ley Cambiaria. Nuestro Código de Procedimiento Civil, lamenta-blemente, desaprovechó la oportunidad de incorporar el ágil procedimiento ejecutivo para la letra de cambio vigente en Italia y prefirió un procedimiento de inyunción, el cual pierde el efecto ejecutivo con la simple oposición del demandado. Ha debido consagrarse la exigencia de caución para la suspensión de los efectos ejecutivos. La materia de la impugnación de las asambleas de las sociedades anónimas tendría, si se aprueba la Ley General de Sociedades Mercantiles, un procedimiento rápido que sustituye al ineficiente e inadecuado que regula el vigente Código de Comercio. Es lo mismo que se ha hecho en España para atender la materia, mediante un procedimiento especialísimo contenido en la Ley de Sociedades Anónimas. Quedaría el procedimiento de los estados de anormalidad patrimonial de los empresarios (los atrasos y las quiebras, sustituidos por la crisis de la empresa y su reorganización), pero estos procedimientos especiales, actualmente en proceso de revisión, tienen que ser el objeto de la Ley especial de la materia. Igual afirmación se podía hacer en torno a los procedimientos del derecho de la navegación, los cuales han pasado a ser regulados por la Ley del Procedimiento Marítimo de 2001.

III. 5. 3. Las normas sustantivas civiles y mercantiles

a) hoy se reconoce ampliamente que es incierta la necesidad de regular en forma autónoma las obligaciones mercantiles en

La ausencia de autonomía científica no impide la *autonomía didáctica:* estudio y exposición separados, por la complejidad de la materia y por los matices metodológicos. Este tipo de autonomía ha prevalecido hasta en Italia, país en el cual ya no existe un sistema de normas mercantiles contrapuesto al civil, pero en el cual la fuerza de la tradición mantiene la disciplina en los programas de estudio universitarios y se publican textos de derecho mercantil de todos los niveles.

La preservación necesaria de la unidad científica no significa que se niegue la conveniencia de legislar separadamente, al contrario, la pluralidad de textos es cada vez más frecuente.

III.5.5. Razón de ser del derecho mercantil en la actualidad

La doctrina más reciente reconoce que existen razones nacidas de la práctica de los negocios que justifican la existencia del Derecho Mercantil, separado del Derecho Civil. Juglart e Ippolito examinan las más resaltantes: rapidez de las transacciones comerciales, desarrollo del crédito y paralelo reforzamiento de las garantías, y especificidad del mundo de los negocios.

A. Rapidez de las transacciones comerciales

El Derecho Mercantil está orientado hacia la movilidad de las relaciones entre las personas y los bienes. La rapidez es la esencia del comercio, por lo cual los hombres de negocios tienden a dispensarse de las prácticas complicadas, largas y minuciosas del Derecho Civil. En el comercio *time is money,* por lo cual se redactan actos simples, antes se intercambiaba correspondencia y ahora mensajes electrónicos para perfeccionar compromisos y se acude a las convenciones verbales. Por otra parte, el Derecho Mercantil está adaptado a operaciones específicas, dominadas por el espíritu de lucro, y dispone de técnicas particulares que no tienen nada que ver con el Derecho Civil (letra de cambio, cheque, cuenta corriente, carta de crédito). Este derecho es, necesariamente, menos formalista, está impregnado de un gran espíritu de equidad y es más sensible a la buena fe de las partes.

B. Desarrollo del crédito

El comerciante compra a crédito y vende a crédito. Hay toda una legislación que regula el crédito, las instituciones de crédito y los instrumentos que lo facilitan. El crédito requiere de garantías paralelas: la reserva de dominio, la hipoteca mobiliaria, el carácter ejecutivo de los títulos, la solidaridad, la cesación de pagos, el estado de atraso, la quiebra, la publicidad mercantil y el régimen penal de los negocios *(droit penal des affaires),* constituyen un contrapeso de la liberalidad del crédito.

C. Especificidad del mundo de los negocios

El Derecho Mercantil presenta una tendencia a volver a ser un *derecho profesional* aplicado a los empresarios, por lo cual no parece posible una unidad total con el Derecho Civil. Esta autonomía o *particularismo* del Derecho Mercantil no significa aislamiento, ya que existen numerosas e intensas relaciones con otras ramas del derecho.

El reconocimiento del particularismo del derecho mercantil no significa, sin embargo, que sea absolutamente necesario construír un sistema dogmático opuesto al derecho civil ni que se deba legislar en textos separados, tal como fue históricamente resuelto este asunto. El Código Civil italiano de 1942 es demostración de lo contrario:

1. Frente a la opinión común de que el derecho mercantil constituía un sistema de normas que se contraponía al derecho civil, como un derecho *especial* o *excepcional* frente al derecho *general* (el derecho civil regularía las relaciones entre particulares en general, mientras el derecho mercantil lo haría con una particular categoría de relaciones); la unificación italiana resolvió la cuestión como un problema de inserción de la disciplina particular en la disciplina general, aplicando el principio de que las normas particulares o especiales prevalecen sobre las normas generales. De dos conjuntos de normas colocados al mismo nivel, contraponiéndose las unas a las otras, se ha pasado a un solo sistema: el derecho mercantil está comprendido en el derecho civil y el único criterio de prevalencia

B. Desarrollo del crédito

El comerciante compra a crédito y vende a crédito. Hay toda una legislación que regula el crédito, las instituciones de crédito y los instrumentos que lo facilitan. El crédito requiere de garantías paralelas: la reserva de dominio, la hipoteca mobiliaria, el carácter ejecutivo de los títulos, la solidaridad, la cesación de pagos, el estado de atraso, la quiebra, la publicidad mercantil y el régimen penal de los negocios *(droit penal des affaires),* constituyen un contrapeso de la liberalidad del crédito.

C. Especificidad del mundo de los negocios

El Derecho Mercantil presenta una tendencia a volver a ser un *derecho profesional* aplicado a los empresarios, por lo cual no parece posible una unidad total con el Derecho Civil. Esta autonomía o *particularismo* del Derecho Mercantil no significa aislamiento, ya que existen numerosas e intensas relaciones con otras ramas del derecho.

El reconocimiento del particularismo del derecho mercantil no significa, sin embargo, que sea absolutamente necesario construír un sistema dogmático opuesto al derecho civil ni que se deba legislar en textos separados, tal como fue históricamente resuelto este asunto. El Código Civil italiano de 1942 es demostración de lo contrario:

1. Frente a la opinión común de que el derecho mercantil constituía un sistema de normas que se contraponía al derecho civil, como un derecho *especial* o *excepcional* frente al derecho *general* (el derecho civil regularía las relaciones entre particulares en general, mientras el derecho mercantil lo haría con una particular categoría de relaciones); la unificación italiana resolvió la cuestión como un problema de inserción de la disciplina particular en la disciplina general, aplicando el principio de que las normas particulares o especiales prevalecen sobre las normas generales. De dos conjuntos de normas colocados al mismo nivel, contraponiéndose las unas a las otras, se ha pasado a un solo sistema: el derecho mercantil está comprendido en el derecho civil y el único criterio de prevalencia

de una norma sobre otra es el de la especialidad o excepcionalidad de la disposición;

2. Si bien la unificación legislativa, del modo como fue realizada en Italia, no permite defender la autonomía desde un punto de vista formal; la particularidad de los fenómenos regulados, la cual se traduce en una especialización o diferenciación de la disciplina jurídica, deja incólume la autonomía sustancial;

3. Aún cuando se decida la adopción de un solo código para el derecho privado, aplicando el procedimiento de la inserción del derecho mercantil en el derecho civil, como se hizo en Italia, necesariamente permanece una profunda diferencia entre las relaciones jurídico-privadas que se refieren a la producción y el intercambio de bienes y servicios y las relaciones jurídico-privadas que guardan relación con las instituciones esenciales de la vida civil (familia, sucesiones) o con el disfrute de los bienes o el intercambio no productivo. La existencia de una regulación especializada y diferenciada para satisfacer las necesidades del mercado, justifica la sobrevivencia de un derecho llamado mercantil;

4. La desintegración del Código de Comercio, mediante su absorción por el Código Civil o por la regulación en leyes especiales, no excluye la posibilidad y la utilidad de reanudar el hilo y reconstituír un sistema de derecho comercial (Ferri);

5. "En el sistema italiano vigente, frente a la unificación legislativa del Código Civil y del Código de Comercio, se ha regresado, en cierto sentido, al origen. La particularidad de la disciplina de nuevo se pone en función de la especialidad de la profesión que se ejerce, teniendo en cuenta, además, la relevancia que asume en la sociedad tecnológica el elemento organizativo. Este elemento se pone como característico, al lado del de la profesionalidad". El hilo conductor, el elemento unificador y, al mismo tiempo diferenciador de las relaciones comerciales se concreta en la figura del empresario comercial (Ferri).

Anaya, defensor de la separación del derecho privado, sostiene que las normas jurídicas que conciernen a la disciplina

de las actividades productivas y a las negociaciones que con ellas se vinculan, tienden a conglomerarse en función de las figuras o institutos que son oriundos de su dominio o se ordenan en sectores conformados por el objeto de la producción:

> "Al así aglutinarse, según una observación frecuente de la doctrina, se prescinde metodológicamente de las fronteras clásicas que han dividido a las categorías jurídicas, llegándose a excluir la delimitación entre el derecho privado y el derecho público. La irrupción de la empresa, la problemática de los grupos, la transparencia del mercado, la protección de la concurrencia, son algunos de los factores que explican ese desborde. Al consolidarse esta tendencia, la sistematización ya no se produce persiguiendo la unidad en el seno del derecho privado, sino que busca su cauce en las especialidades de las materias reguladas. Un caso que se presta arquetípicamente para ilustrar esta orientación está dado por los regímenes concursales. Larga fue la controversia acerca de si en ellos debía prevalecer el aspecto procesal, regulándose entonces en las leyes o códigos de procedimientos o si, antes bien, lo sustancial presidía e informaba todo su régimen. Su caracterización es, manifiestamente, mucho más compleja, en la actualidad, porque el derecho comparado exhibe disciplinas en las que se incorporan no sólo derecho procesal y sustancial, sino también reglas administrativas y aun penales. Y algo semejante acontece con la legislación societaria, en la que algunas legislaciones modernas incluyen un régimen penal, sin perjuicio de las normas administrativas que suelen aplicarse a su constitución o que se relacionan con las inscripciones registrales; y de las procesales que se vinculan generalmente con los diferendos intra-societarios.
>
> Por cierto que el cuadro precedente se reproduce en el marco de la organización de las actividades y de la disciplina de las operaciones empresarias, objeto de una legislación especializada por sectores de la economía, tal corno ocurre con los seguros, las entidades financieras, los transportes. Cabe admitir el acierto de Simon Frédéricq cuando afirma que los prácticos del derecho preferirían una pluralidad de códigos distintos que comprendieran en su integridad las materias a las que se dedican profesionalmente, comprensivos de los aspectos administrativos y penales, a los que podrían agregarse aun los tributarios. De darse validez a esta vía, advierte Meijers, se crearía un gran numero de pequeños códigos especiales. La vigencia práctica de esta concepción, prevista por Escarra, se revela con el éxito, de la iniciativa privada de los editores que publican como códigos" recopilaciones o consolidaciones nacidas, con tal alcance, de su sola interpretación e ingenio.

IV. EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO VENEZOLANO

En 1958 se creó una Comisión de Reforma del Código de Comercio, por Resolución del Ministerio de Justicia, la cual estuvo originalmente integrada por los doctores Carlos Morales (Presidente); Roberto Goldschmidt (Secretario y Ponente); Jesús Diez, Alfredo Martínez Rivero, Otto Perret Gentil y Joaquín Sánchez Covisa. En 1962 concluyeron los trabajos de esa Comisión, habiendo sido remitidos sus resultados al Congreso de la República. Los textos elaborados fueron los siguientes:

a) Anteproyecto de los dos primeros libros del Código de Comercio;

b) Anteproyecto de la reforma parcial del Código Civil;

c) Anteproyecto de Ley General de Títulos Valores y Operaciones Bancarias (en 1967 aparecería una versión revisada de este texto, publicada por el Ministerio de Justicia. La revisión estuvo a cargo del Profesor Hugo Mármol Marquís).

El Anteproyecto Goldschmidt acentuaba la tendencia hacia la consolidación del criterio subjetivo en la legislación mercantil, tendencia de la cual se hablan producido algunas manifestaciones en materia de sociedades en 1955, al otorgársele carácter mercantil a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, con prescindencia del objeto. En ese Anteproyecto se intenta regular la actividad del comerciante desde su perspectiva exclusivamente profesional, haciendo abstracción de toda consideración "objetiva" de la materia mercantil, en oposición a la orientación general de todas nuestras reformas desde 1873 (Mélich Orsini y Pulido Méndez).

Eludiendo expresamente el uso de la palabra "empresa", por considerar sus autores que la misma haría alusión a un concepto ambiguo" y prefiriendo la utilización del término tradicional y menos comprometedor de "comerciante", el Código se limita a regular el ejercicio con fines de lucro de algunas de las actividades

disposiciones legales para conjuntos enteros de contratos, como los bancarios o bursátiles; la ausencia hasta hace poco de una regulación de los contratos de adhesión, cuyo uso en masa genera problemas para extensos sectores de la población; la fragmentaria e inorgánica regulación de los grupos de sociedades; la necesidad de introducir o construir una teoría de los "títulos desmaterializados" y completar la regulación del "documento informático"; las garantías abstractas; para no mencionar sino las áreas en las cuales se producen cambios más acelerados en la forma de contratación, nuevas relaciones y alteración de principios universales, como el de la accesoriedad de las garantías.

El proceso de descodificación tiene dos aspectos: uno coyuntural y otro estructural, uno deliberado y otro que puede considerarse producto de las circunstancias y debido a las urgencias de los hechos sociales y económicos. Por ello, afirma Broseta Pont que "la "descodificación" es el resultado de una desidia, comprensible por los tiempos que vivimos pero imputable al legislador", si bien la codificación "acomodada a las circunstancias y a las exigencias de cada día, es un bien en si mismo".

Desde otro punto de vista, se ha insistido en lo que se considera obstáculos para la codificación:

a) obstáculos que nacen de la inestabilidad inmediata del Derecho Comercial; y

b) obstáculos que nacen de la inestabilidad esencial (o profunda, si se quiere) de la disciplina.

A la primera categoría de dificultades pertenecen las que el profesor Dany Cohén ubica en la cima del Estado y en la base del aparato económico.

Desde el punto de vista de las potestades estatales, el Derecho Mercantil es un instrumento de política económica, que el Estado maneja, en la misma forma como maneja el Derecho Fiscal. Por otra parte, desde el punto de vista de la actividad económica, se observa la creación –espontánea se le ha llamado –de nuevas formas de contratación (la informática suministra los ejemplos

más resaltantes) o de nuevas figuras, como la garantía a primera demanda, todo lo cual plantea el problema de codificar instituciones en estado de desarrollo. ¿Qué hacer? ¿Regular en forma imperativa, es decir, completar los mecanismos que la práctica todavía no ha perfeccionado, para que la jurisprudencia cumpla su función *praeter legem,* o dejar de lado las nuevas figuras?

A esta dificultad se ha venido dando respuesta frecuentemente con la regulación por medio de leyes especiales y hasta de reglamentos, intensificándose el proceso de "descodificación".

La segunda categoría de dificultades o de obstáculos a la codificación guarda relación con el contenido del Código, o sea, el criterio de la comercialidad, para fijar, entre otras cosas, los linderos de la disciplina. En efecto, el problema central que se plantea al Derecho Mercantil, en un país que ostente las peculiaridades que muestra Venezuela, es el de dilucidar si debe unificarse totalmente con el Derecho Civil o si debe unificarse parcialmente. Si se considera imposible o no deseable una unificación total, desde el punto de vista sustancial, lo cual representaría uno de los extremos de la cuestión, así como también podría estimarse indeseable la progresiva desaparición de la fisonomía del comerciante y del acto de comercio como nociones esenciales del sistema, sin que sean reemplazadas por conceptos equivalentes o sustitutivos, lo cual configuraría el otro extremo del asunto, es posible adoptar una posición equilibrada o ecléctica que tome en cuenta las realidades del tráfico. Es el enfoque que priva en la doctrina española, iniciado por Joaquín Garrigues y seguido por Rodrigo Uría, Fernando Sánchez Calero y por Manuel Broseta Pont, principalmente. Es, además, el tratamiento que propone el ilustre autor colombiano Gabino Pinzón, con algunas variantes, en su obra "Introducción al Derecho Comercial", Nos. 14, 21 y 21 bis. Pinzón prefiere leyes o estatutos especiales para sustituir al Código de Comercio.

V. 2. Presupuestos de una recodificación

Para poder abordar con propiedad la tarea de recodificar, es necesario tener en cuenta que hay ciertos fenómenos –económicos unos, sociales otros– que han producido efectos profundos en la

más resaltantes) o de nuevas figuras, como la garantía a primera demanda, todo lo cual plantea el problema de codificar instituciones en estado de desarrollo. ¿Qué hacer? ¿Regular en forma imperativa, es decir, completar los mecanismos que la práctica todavía no ha perfeccionado, para que la jurisprudencia cumpla su función *praeter legem,* o dejar de lado las nuevas figuras?

A esta dificultad se ha venido dando respuesta frecuentemente con la regulación por medio de leyes especiales y hasta de reglamentos, intensificándose el proceso de "descodificación".

La segunda categoría de dificultades o de obstáculos a la codificación guarda relación con el contenido del Código, o sea, el criterio de la comercialidad, para fijar, entre otras cosas, los linderos de la disciplina. En efecto, el problema central que se plantea al Derecho Mercantil, en un país que ostente las peculiaridades que muestra Venezuela, es el de dilucidar si debe unificarse totalmente con el Derecho Civil o si debe unificarse parcialmente. Si se considera imposible o no deseable una unificación total, desde el punto de vista sustancial, lo cual representaría uno de los extremos de la cuestión, así como también podría estimarse indeseable la progresiva desaparición de la fisonomía del comerciante y del acto de comercio como nociones esenciales del sistema, sin que sean reemplazadas por conceptos equivalentes o sustitutivos, lo cual configuraría el otro extremo del asunto, es posible adoptar una posición equilibrada o ecléctica que tome en cuenta las realidades del tráfico. Es el enfoque que priva en la doctrina española, iniciado por Joaquín Garrigues y seguido por Rodrigo Uría, Fernando Sánchez Calero y por Manuel Broseta Pont, principalmente. Es, además, el tratamiento que propone el ilustre autor colombiano Gabino Pinzón, con algunas variantes, en su obra "Introducción al Derecho Comercial", Nos. 14, 21 y 21 bis. Pinzón prefiere leyes o estatutos especiales para sustituir al Código de Comercio.

V. 2. Presupuestos de una recodificación

Para poder abordar con propiedad la tarea de recodificar, es necesario tener en cuenta que hay ciertos fenómenos –económicos unos, sociales otros– que han producido efectos profundos en la

materia mercantil, es decir, en la materia codificable. La doctrina (Broseta Pont) ha precisado y clasificado algunos:

1. un robustecimiento y mayor complejidad del ejercicio profesional de las actividades económicas que presuponen la presencia de dos empresarios o de un empresario y un sujeto que no lo es (por ejemplo, consorcios y seguros, respectivamente);

2. un considerable aumento de los actos tradicionalmente llamados "unilaterales" o "mixtos", a medida que las diversas actividades económicas se extienden a todos los sectores sociales;

3. una emigración hacia el Derecho Civil de los principios tradicionalmente mercantiles, por su superioridad técnica o por extenderse a la generalidad de las gentes las exigencias especiales que los hicieron nacer (por ejemplo, presunción de solidaridad, intereses de pleno derecho, etc.);

4. una comercialización de todas las clases sociales, por la penetración del espíritu de lucro tradicionalmente reservado a quienes profesionalmente ejercían el comercio. Ello se manifiesta en que todas las clases sociales especulan en Bolsa, recurren al crédito, realizan actos de mediación ocasionales, etc. Paralelamente surge un fenómeno de "generalización" de ciertos instrumentos jurídicos tradicionalmente reservados a los comerciantes (por ejemplo, la letra de cambio) y una utilización de instituciones mercantiles por los entes de Derecho Público para la realización de sus fines, consagrando lo que *Eichler* ha calificado como "privatisierung" del derecho administrativo.

5. una progresiva postergación de ciertos contratos civiles (por ejemplo, transportes, seguros, depósitos, etc.) regulados por partida doble en el Código Civil y en el Código de Comercio.

El examen de estas situaciones ha llevado a la doctrina española (Garrigues) a proponer la regulación del Derecho Privado en la siguiente forma:

1. un Código Civil que comprenderla la reglamentación y las instituciones relativas a la persona, la familia, las sucesiones, la propiedad y demás derechos reales;
2. un Código de las obligaciones, que contendría la teoría general de las obligaciones y de los contratos, la regulación de los contratos civiles, es decir, de aquéllos que no presupongan necesariamente la presencia de una empresa, las disposiciones generales sobre títulos valores, los diversos títulos valores que han pasado a ser generales y el procedimiento para resolver el estado anormal en que incurren empresarios y no empresarios en el cumplimiento de sus obligaciones (concursos), en el caso de que la quiebra se unificase extendiendo su aplicación a todos los sujetos;
3. un Código de Comercio, que quizá fuese conveniente denominar de forma que respondiese exactamente a su contenido, en el que se regulase al empresario individual y social; se definiese y reglamentase su estatuto jurídico (obligaciones profesionales); se recogiese el aspecto jurídico mercantil de la empresa; se regulase la actividad externa de las empresas (normas sobre la competencia); la llamada propiedad comercial; la empresa como objeto del tráfico jurídico (venta, arrendamiento, usufructo, prenda e hipoteca), y finalmente se regulasen los contratos que presuponen necesariamente la presencia de un empresario en una de sus partes o en ambas, contratos mediante los cuales se realiza la actividad externa de la empresa (contratos de empresa).

Ahora bien, si aceptáramos sin discusión esta fórmula, las dificultades de la tarea recodificadora son enormes. Las ha resumido el profesor Fernando Sánchez Calero en las II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, celebradas en Caracas:

> la realización de un Código de Comercio –sigamos utilizando esta denominación al menos de modo provisional por respeto a la tradición– entraña en la actualidad, en cualquier país, pero quizá de modo especial en España, muy graves dificultades. La primera de ellas viene dada por el enorme trabajo que

> representa, ya que requiere la colaboración de un grupo de personas que trabajen continuadamente en esa labor, de forma que sólo perseverando en ella mucho tiempo puede obtenerse el fruto esperado, que lógicamente –como toda obra importante– ha de superar las críticas de ilustres contradictores, movidos bien por el recelo hacia la obra ajena, o bien por el apego a lo conocido, tan frecuente en los juristas a los que es más difícil el olvidar que el aprender. Una segunda dificultad se encuentra por la crisis del principio de la estatalidad del Derecho, que se ve amenazado, por un lado, por la producción de normas jurídicas por organismos supranacionales –entre nosotros, de modo especial, la Comunidad Económica Europea– y por otro por la producción de normas por las Comunidades autónomas, que dentro del Estado tienen una cierta capacidad legislativa, que –no obstante opera menos en el campo de la "legislación mercantil", que según el artículo 149-6 de la Constitución española es competencia del Estado. Una tercera dificultad viene dada por la rápida evolución de la vida económica, que da lugar a fenómenos nuevos difíciles de prever por el legislador, cuando se utiliza la técnica legislativa del Código.

Ha hecho mención a las dificultades de la recodificación Jorge Barrera Graf desde México, en los términos siguientes:

> La mera consolidación de la materia de todas las leyes mercantiles, por un lado resultaría tarea prácticamente imposible, dado el crecido número de éstas, su gran variedad y el hecho de surgir constantemente nuevas relaciones que deben regularse...
>
> Por otra parte, hay materias y relaciones de menor dinamismo que otras; disposiciones y reglas coyunturales (vgr. sobre los tipos de cambio de la moneda mexicana en relación con las divisas extranjeras, o la fijación y tasación de los intereses moratorias), o eminentemente variables, como las referentes a la sociedad anónima, o a los contratos de bolsa; frente a otras relaciones más estables, que son, no inmutables, pero sí de mayor rigidez, de menor movilidad, como la regla del *numerus clausus* de sociedades y de títulos de crédito, y de actos y documentos sujetos a registro; o el reconocimiento de los usos locales, nacionales e internacionales como fuente del Derecho Mercantil, o de ciertas ramas de éste.

La delimitación de ese nuevo Derecho Mercantil debería basarse –principalmente– en la materia regulada y centrarse en torno a la actividad del empresario, es decir, en "la actividad económica

La codificación *à droit constant* no consiste en una simple compilación de la materia, texto por texto, como es el caso de las compilaciones comerciales de Dalloz (de ediciones anuales o periódicas) práctica que se utiliza también en España e Italia, sino en una reordenación lógica, siguiendo ciertos criterios, para dar lugar a un texto único. El resultado es de una gran utilidad.

Esta técnica legislativa se ha aplicado en otras áreas "saturadas", tal como el de la administración de justicia, con el *Code de l'organisation judiciaire*, y con la propia materia mercantil, tal como fue indicado antes, en el Capítulo I.

Como el Código deroga la legislación codificada, las reformas posteriores son modificaciones del Código.

VII. RESUMEN

1. La distinción entre Derecho Público y Derecho Privado tiene origen romano y no ha sido posible encontrar un fundamento teórico que permita separar netamente los dos campos;
2. La afirmación de que el Derecho Privado está integrado por el Derecho Civil y el Derecho Mercantil no es totalmente exacta;
3. La autonomía del Derecho Mercantil adopta diversos grados;
4. La polémica sobre la unificación del Derecho Privado ha sido superada por las necesidades prácticas a las cuales atiende el Derecho Mercantil;
5. La codificación de la materia mercantil es un fenómeno vinculado a un proceso más complejo de "reorganización" legislativa del Derecho Privado.
6. La tendencia prevaleciente a nivel doctrinal está constituida por la idea de construír el derecho mercantil alrededor del empresario, con prescindencia de que una legislación

unificadora del derecho privado o una legislación separada regule la materia.

VIII. Objetivos

El aprendizaje y la comprensión de la materia cubierta por el Capítulo II debe permitir al estudiante:

1. *Explicar* los distintos grados de separación del Derecho Privado;
2. *Exponer* el problema de la autonomía del Derecho Mercantil;
3. *Enunciar* las razones más importantes suministradas en la polémica sobre la unificación del Derecho Privado;
4. *Dar* su opinión sobre la autonomía del Derecho Mercantil.

unificadora del derecho privado o una legislación separada regule la materia.

VIII. Objetivos

El aprendizaje y la comprensión de la materia cubierta por el Capítulo II debe permitir al estudiante:

1. *Explicar* los distintos grados de separación del Derecho Privado;
2. *Exponer* el problema de la autonomía del Derecho Mercantil;
3. *Enunciar* las razones más importantes suministradas en la polémica sobre la unificación del Derecho Privado;
4. *Dar* su opinión sobre la autonomía del Derecho Mercantil.

Capítulo III

Las fuentes del derecho mercantil

I. INTRODUCCION. II. LA LEY MERCANTIL. II.1 EL DERECHO DE LA INTEGRACION ECONOMICA. II.2 EL CODIGO CIVIL. III. LA COSTUMBRE MERCANTIL. IV. SECUENCIA EN LA APLICACION DE LAS FUENTES. V. LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS. VI. LA SOLUCION DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA MERCANTIL DE 1962 AL PROBLEMA DE LAS FUENTES. VII. RESUMEN. VIII. OBJETIVOS.

I. Introducción

Generalmente se utiliza la palabra "fuente" en el lenguaje jurídico en tres sentidos fundamentales: formal, material e histórico.

Se entiende por fuentes formales los medios de manifestarse exteriormente las normas jurídicas; por fuentes reales, los elementos o factores que contribuyen a fijar el contenido de las normas; y por fuentes históricas, los documentos que contienen el texto de una ley.

Para Rocco, fuente del Derecho en sentido propio o fuente formal es "la forma en que se manifiesta el precepto externamente", concluyendo en que las fuentes del Derecho Mercantil son las tradicionales y únicas en el Derecho moderno: "la ley, *regla emanada del Estado, mediante sus ordenados órganos, y* la costumbre, *que es la que procede directamente de la colectividad y se manifiesta tácitamente con la observancia efectiva de los consociados".*

Lo expuesto precedentemente confirma que no existe una teoría de las fuentes del Derecho Mercantil, distinta a la teoría general de las fuentes del Derecho, puesto que no existen formas diferentes de manifestación externa de esta disciplina. Sin embargo, tradicionalmente, bajo el tema de las fuentes del Derecho Mercantil se analiza:

a) el contenido de las normas mercantiles;
b) el sentido de la palabra costumbre; y
c) la jerarquía que corresponde a ésta en el proceso de aplicación del derecho.

II. LA LEY MERCANTIL

El establecimiento de la naturaleza mercantil de una ley o de una norma puede resultar un proceso complejo, ya que la simple afirmación de que la ley mercantil es aquella que regula la materia mercantil es una tautología. Por esta razón, Rocco estima que

> "este carácter hay que inducirlo del contenido de toda ley, de la naturaleza de las relaciones que regula y no únicamente del nombre, que puede, a lo sumo, servir como indicio del propósito del legislador; después, para resolver si la materia que rige la ley es *materia comercial,* hay que acudir, como hemos dicho, al Código de Comercio y examinar si las relaciones que la ley rige son relaciones derivadas de actos que en virtud de los preceptos del Código de Comercio deben reputarse de naturaleza mercantil".

Ahora bien, la materia mercantil debe ser definida, en nuestro ordenamiento jurídico, con el auxilio de los criterios de delimitación suministrados por el Código de Comercio, relativos al comerciante (artículos 1° y 10), y a los actos de comercio (artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 109, 1.090 y 1.092), ejes del sistema, sin que las disposiciones citadas sean las únicas. A veces, la labor de identificación no será fácil y los textos legales mostrarán un contenido diverso que dificultará la tarea.

Siguiendo a Rocco, las leyes mercantiles pueden identificarse como leyes que regulan *exclusivamente* la materia mercantil y leyes que la regulan *principal y directamente.*

1. A la primera clase pertenecerían las leyes que contemplan relaciones que "no pueden ser más que mercantiles", como las leyes que disciplinan el ejercicio de ciertos actos de comercio:

a. las operaciones de banco y las de cambio, n. 14, articulo 2° *ejusdem* (Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras);

b. las operaciones de bolsa, n. 16, articulo 2° *ejusdem* (Ley de Mercado de Capitales);

c. los seguros, n. 12, articulo 2° *ejusdem* (Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros).

Este tipo de leyes que rigen únicamente asuntos comerciales no pueden ampliar su aplicación a relaciones civiles, ni aun por analogía. Debe tenerse presente que la palabra ley debe utilizarse como equivalente de norma: una ley será considerada *exclusivamente* mercantil, en el sentido expuesto, si una o varias de sus disposiciones se refieren a una institución mercantil (letra de cambio, asuntos marítimos, etc.) sin equivalente en el campo civil o si estatuye una regla especial para la forma mercantil de la institución. En este último supuesto estarían leyes como las siguientes:

a. la Ley de Almacenes Generales de Depósito;

b. la Ley de Ventas con Reserva de Dominio.

2. A la segunda clase, la de leyes que rigen principal y directa, aunque no exclusivamente materias mercantiles, pertenecerían las reglas que sean especiales aplicaciones de principios más generales y que en materia civil tienen otras aplicaciones particulares.

   Rocco cita las reglas que se aplican a la correspondencia telegráfica, la celebración de contratos, la mediación, que son relaciones que también pueden ser civiles. Al ser reputadas reglas comunes a lo civil y a lo mercantil, permitirían una aplicación analógica del campo comercial al civil.

Este razonamiento permite a la doctrina concluir que el Código Civil no es una ley mercantil, aunque se aplique a cosas mercantiles a falta de precepto jurídico que resuelva la situación (artículo 8° Código de Comercio), porque no regula *principal y directamente* la materia mercantil. Lo mismo puede decirse de otras leyes civiles. Sin

(mercantil o civil) de la norma. El problema, afortunadamente, es de poca importancia práctica por el menor valor relativo que día a día tiene la costumbre en el Derecho Mercantil: por un lado, desaparecen los usos, y por el otro, las contrataciones detalladas, con indicación pormenorizada de todas las situaciones, prácticamente impiden su aparición o manifestación.

V. LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS

> "En la economía moderna, una parte muy importante de lo que en su momento llamamos "contratación en masa" se desarrolla a través de unas condiciones uniformes, preestablecidas o predispuestas por una empresa o grupo de empresas, que las imponen a sus posibles clientes, al celebrar cada uno de los concretos contratos, sin que exista posibilidad de modificación ni de discusión. Las condiciones generales cumplen una función económica plausible, porque sólo uniformando el contenido contractual es posible una racionalización de las operaciones comerciales, que permita la contratación en masa con la consiguiente reducción de los costos y facilitación de las prestaciones.- El fenómeno de la contratación por medio de formularios o mediante cláusulas preestablecidas sitúa normalmente en condiciones de inferioridad al cliente o consumidor, cuyos derechos contractuales se ven recortados o disminuidos y sus obligaciones aumentadas y ocurre justamente lo contrario respecto a la posición de la parte predisponente. De este planteamiento se desprende que no es económicamente posible una prohibición total de este tipo de contratación y que las medidas de política jurídica que se deben adoptar son las de sujeción del fenómeno a un control riguroso, que impida las situaciones de abuso en la contratación, respecto de la parte contractual económicamente más débil" (Díez Picazo).

Este fenómeno ostenta dos manifestaciones:

a) el carácter de contratos de adhesión de una gran cantidad de operaciones mercantiles realizadas en masa, contratos que los empresarios redactan unilateralmente y a los cuales incorporan unas llamadas *condiciones generales del contrato;*

b) las cláusulas "standard" que aparecen en ciertos contratos como consecuencia de acuerdos de empresarios del mismo

ramo de actividad, cláusulas a las cuales se *llama condiciones generales de la contratación.*

Estas condiciones generales, en ambos casos, tienen naturaleza estrictamente contractual, aunque "en tales condiciones pueden recogerse y reproducirse verdaderos usos normativos o pueden, incluso, por su repetición continuada llegar a generar verdaderos usos mercantiles" (Broseta Pont). Mármol piensa que los usos son, precisamente, "esas normas contractuales que se acatan de manera tácita".

Los ejemplos mas conspicuos de estas condiciones generales se encuentran en la contratación de seguros y en la de las operaciones bancarias, con cláusulas de caducidad, de exoneración de responsabilidad y de limitación de ésta a cifras simbólicas que por sí mismas constituyen una estipulación abusiva.

Tanto en España, como en el resto de Europa, donde se utilizan por parte de los empresarios las "condiciones generales" del contrato con mayor frecuencia que en Venezuela, la doctrina muestra diversas tendencias en el tratamiento jurídico de estas estipulaciones, desde atribuírles condición normativa hasta negarles fuerza vinculante, pasando por estimarlas como una manifestación de la costumbre (Miquel González). La opinión dominante se inclina por reconocerles naturaleza contractual, aunque Uría considera que la cuestión no se puede resolver de modo general y común a toda clase de condiciones generales, debiéndose tener en cuenta el modo en que las mismas hayan sido formuladas: serán normas de observancia necesaria si están impuestas por una autoridad pública, pero serán normas contractuales cuando estén formuladas por voluntad de los empresarios, individual o colectivamente. En Francia, autores de derecho público, específicamente Hauriou y Duguit, le atribuían a estas estipulaciones carácter reglamentario: las necesidades sociales justificarían la atribución de un poder reglamentario a ciertas personas de derecho privado (Calais- Auloy y Steinmetz). La discusión en torno a este tema (vinculado al mas amplio de los contratos de adhesión y de la teoría general del contrato), se ha trasladado en algunos países al del control de las condiciones generales introducido por las regulaciones sobre protección al

consumidor. Un control similar ha sido puesto en vigor en el ámbito de los contratos de seguros. En Alemania se dictó una ley que regula el derecho de las condiciones generales de la contratación (AGBG o AGB-Gesetz). La naturaleza jurídica de las condiciones generales sigue siendo materia discutida, pero las cuestiones fundamentales del tema quedaron superadas (Schmidt). La ley alemana comenzó a regir el 1º de abril de 1977. En Venezuela se ha ocupado de este tema Mélich Orsini.

VI. LA SOLUCIÓN DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA MERCANTIL DE 1962 AL PROBLEMA DE LAS FUENTES

El Anteproyecto de Reforma Mercantil de 1962, obra animada por Roberto Goldschmidt, elimina los actuales artículos 8º y 9º del Código de Comercio, con lo cual se suprime la especialidad del sistema de fuentes del Derecho Mercantil y se unifica el sistema para todo el Derecho Privado, a través de una norma, el artículo 7º del Código Civil, que establecería:

> "Las leyes no podrán derogarse sino por otras leyes. Ningún uso puede derogar la ley. En las materias reguladas por ésta, los usos sólo tienen eficacia cuando la ley remita a ellos. En las materias no reguladas los usos suplen el silencio de la ley".

Este precepto contribuye a abonar la afirmación según la cual el Derecho Mercantil contenido en la Reforma Mercantil de 1962, disminuye su autonomía sustancial.

La disposición precedente es concordante con su fuente directa, el artículo 8º del Código Civil italiano de 1942, el cual declara:

> 8. Usos.- En las materias reguladas por las leyes y por los reglamentos, los usos tienen eficacia sólo en cuanto a ellos se hace referencia por tales leyes y reglamentos.

Esta disposición es la manifestación concreta de uno de los cambios mas importantes que produjo el Código Civil italiano de 1942 con respecto al Código de Comercio de 1882. En efecto, de acuerdo al sistema anterior, tal como fue explicado precedentemente,

> "las relaciones comerciales estaban reguladas ante todo por las normas comerciales, escritas o consuetudinarias, y era opinión concorde que las eventuales lagunas debían colmarse a través del recurso a la aplicación analógica de las normas comerciales. Sólo cuando faltase una norma de derecho comercial y ésta no pudiera ser deducida del sistema, a través del recurso a al analogía, encontraba aplicación el derecho civil" (Ferri).

El conjunto de normas del derecho mercantil, colocado en el mismo nivel del derecho civil y contrapuesto a éste, tenía en los usos un complemento natural. La situación cambió radicalmente en Italia en 1942 cuando se decidió la inserción del derecho mercantil en el derecho civil y se hizo cesar la contraposición. Por lo tanto, de acuerdo al derecho italiano vigente, las normas del derecho civil no dictadas expresamente en consideración a las relaciones comerciales, se aplican inmediatamente en cuanto no sean derogadas por las normas excepcionales o especiales, "como normas de un mismo sistema, no como normas de un sistema distinto" (Ferri). Después viene la costumbre.

VII. RESUMEN

1. En el tema de las fuentes del Derecho Mercantil se analiza el sentido de la palabra costumbre y la jerarquía que corresponde a ésta en el proceso de aplicación de las normas;
2. El Derecho de la Integración Económica ha agregado una nueva fuente legislativa directa al Derecho Mercantil, con normas que guardan preferencia respecto al derecho interno;
3. El artículo 9º del Código de Comercio no se refiere a la costumbre en general, sino a la institución mercantil de la regla de derecho que surge de la conducta de los comerciantes;
4. La distinción entre uso y costumbre es polémica. A los efectos procesales, sin embargo, los hechos constitutivos de la costumbre deben ser demostrados;

procesales (el dolo procesal, la picaresca, la trampa pura y simple) porque los participantes en el juego procesal juegan para *vencer,* no para que prevalezca la verdad. En forma similar, el legislador, el juez y el jurista deben tener en cuenta el afán de lucro del empresario en el juego económico:

> Lo que el poder político pretende alcanzar con la admisión de la actividad mercantil es la multiplicación de los bienes de consumo, la producción de los más necesarios y solicitados por el consumidor, el establecimiento de los precios más ventajosos para éste y una óptima asignación de recursos. Todo ello como consecuencia automática de la aplicación del afán de lucro a un sistema de libertad de contratación, compitiendo en un mercado perfecto –o lo mas perfecto posible–. Al legislador toca, por tanto, la organización y sostenimiento de las instituciones jurídicas que garanticen el sistema; organización y sostenimiento que lleva a un conjunto de normas de las que se sabe anticipadamente que serán utilizadas por los operadores económicos como simples reglas abstraídas de unas finalidades que les son totalmente ajenas. Al comerciante le interesan normas claras y precisas acerca de lo que puede y de lo que no puede hacer; lo demás –el objetivo final del reconocimiento de la licitud de la actividad mercantil– no es su problema, sino problema del legislador. El comerciante utilizará siempre –como secularmente ha utilizado– a la norma por su contenido *formal,* sin preocupaciones axiológicas o teleológicas. Dicho de otro modo: los fines perseguidos por el poder público y los perseguidos por el estamento comercial *son y no pueden dejar de ser* divergentes; empeñarse en identificarlos o en ignorar este hecho dándolos por coincidentes equivale a entrar en el terreno de la más pura utopía. El Derecho Mercantil no tiene por objeto a la justicia, sino la organización de un sistema económico, basado en la libertad de contratación y en el mercado competitivo, puesto en movimiento por el afán de lucro, es decir, tiene por objeto el establecimiento de las reglas básicas del juego denominado "economía de mercado".

Un pensamiento que ha de estar siempre presente en la interpretación del derecho mercantil es el de que esta disciplina es la vestidura formal del sistema capitalista y democrático de sociedad, el cual reconoce la libertad pero condena el exceso, estimula el crecimiento económico pero proscribe el monopolio y las prácticas colusorias y abusivas, obliga a cumplir la palabra empeñada pero reconoce la función social del contrato.

V. Técnica del derecho mercantil

Georges Ripert se refiere a la técnica del derecho comercial bajo un epígrafe que él denomina "Espíritu del Derecho Mercantil", efectuando un análisis penetrante e ilustrativo de varias situaciones de nuestra disciplina:

1. la menor importancia que tiene la consideración de *la persona* –capital en la contratación civil– en el ámbito del Derecho Mercantil. Las cuestiones de capacidad, vicios del consentimiento y protección de la voluntad pasan a ser de segundo orden. Ejemplo: la incapacidad de un suscriptor de una letra de cambio no invalida las obligaciones de los restantes signatarios del título;

2. la mayor relevancia de la *voluntad declarada frente* a la voluntad interna. En la contratación civil se indaga lo que han querido los contratantes, pero en el campo del comercio la gente llega a acuerdos sin conocerse, hablando a veces distintas lenguas, utilizando textos impresos, por lo cual tiene que prevalecer la voluntad declarada.

   En correspondencia con este fenómeno, en el Derecho Mercantil prevalece, generalmente, la *apariencia sobre la realidad,* es decir, se sacrifica algún derecho particular en beneficio de las *necesidades del crédito;*

3. *la buena fe* tiene un sentido distinto en lo mercantil y se utiliza menos que en el campo civil. En efecto, la noción de buena fe es un elemento moderador del rigor de los contratos civiles, pero en el ámbito mercantil buena fe significa con frecuencia *regularidad objetiva* de una situación. Ejemplo: portador de buena fe de un título es quien lo detenta de manera regular, con prescindencia de los vicios de su adquisición;

4. el Derecho Mercantil es hoy más *formalista* que el Derecho Civil. En sus inicios el Derecho Mercantil era menos formalista que el Civil, más sensible a la buena fe de los contratantes, impregnado de un amplio espíritu de equidad.

La doctrina insiste en estas características tradicionales, pero hoy la situación es distinta, ya que a pesar del principio de la libertad de las pruebas, el Derecho Mercantil es actualmente más formalista que el Derecho Civil y utiliza para casi todos los negocios jurídicos fórmulas impresas que facilitan la conclusión de los actos: boletos de transporte, depósitos en bancos, cheques, letras de cambio, pagarés, certificados de depósito, bonos de prenda, acciones, obligaciones, etc.;

5. los negocios jurídicos mercantiles son, frecuentemente, complejos y ponen en contacto tantas personas que el contrato se hace insuficiente como mecanismo, por lo cual se recurre a *instrumentos más apropiados.* Ejemplo: la letra de cambio, la cual circula y se llena de firmas sin que el librador conozca la situación; el título de bolsa se negocia y cambia de mano, sin que la sociedad sepa cuál es el accionista o el obligacionista. El Derecho Mercantil muestra situaciones que ofrecen peligros, ya que no permiten tomar en cuenta situaciones individuales, pero el sistema no funcionaría si tuviera que recurrirse al sistema contractual ofrecido por el Derecho Civil;

6. la aparición y consolidación de la noción de *orden público,* en el Derecho Mercantil.

   El orden público es una noción extraña a la tradición mercantil y estuvo vinculada al orden de la ciudad, de la familia o del Estado, pero cuando éste asume la tarea de vigilar la producción y circulación de los bienes, nuevas consideraciones han ampliado la esfera de acción del orden público. Esta esfera de acción es actualmente mucho mayor en el Derecho Mercantil que en el Derecho Civil, porque las leyes imperativas se consagran sobre todo a la *reglamentación de los intereses económicos.*

Toda la reglamentación de la sociedad mercantil, los contratos bancarios, los bursátiles, el seguro, el transporte, la producción y la venta de bienes están impregnados de reglamentaciones obligatorias, cuya infracción puede dar origen a la comisión de delitos.

El intervencionismo estatal ha sido considerado como una consecuencia del constitucionalismo social, el cual le asigna al Estado un rol protagónico en la vida económica y social:

> "...legisla más, regula más, interviene como empresario, etcétera. El *proteccionismo*, el *intervencionismo*, la *economía dirigida* y la *planificación* son consecuencias posibles de tal actitud. Del Estado-gendarme individualista se pasa al *Estado de bienestar (well-fare state)*, propio del constitucionalismo social. La versión degenerada de éste es el *Estado-providencia*" (Sagüés).

Ese intervencionismo es proyección del sociologismo en el campo constitucional, conforme al cual

> "la constitución no es resultado del pasado, sino inmanencia de las relaciones y estructuras sociales del presente que para una gran parte del pensamiento del siglo XIX -y no solamente para Marx– se identifican con situaciones y relaciones económicas" (García-Pelayo).

Aunque la Constitución de 1999 está hecha para la intervención del Estado en la economía de un modo excesivo, según ha sido anotado por algunos constitucionalistas, Hernández advierte que la interpretación de la *constitución económica* debe fundamentarse en dos principios aparentemente contradictorios que convergen unitariamente en el sistema de economía social de mercado: a. la obligación de los poderes públicos de proteger la libre iniciativa empresarial; y b. la obligación de los poderes públicos de intervenir en el orden socioeconómico para establecer las limitaciones –necesarias– de la libre iniciativa empresarial.

Para el desarrollo de los postulados constitucionales, el Estado tiene a su alcance potestades muy amplias: a) el poder de planificar, racionalizar y fomentar la producción; b) el poder de regular la circulación, distribución y consumo de la riqueza.

La acción legislativa del Estado, para el cumplimiento de los fines económicos constitucionales, se desenvuelve en una esfera muy extensa que incluye, principalmente, el sector financiero, el sector industrial, el sector de hidrocarburos y minería, el sector agropecuario y el sector comercio propiamente dicho:

1. el sector financiero está regulado por una serie de leyes que incluyen la banca central, los bancos comerciales, los bancos hipotecarios y otros institutos de crédito, el sistema nacional de ahorro y préstamo, la actividad de recurso al ahorro público, las operaciones bursátiles, la actividad aseguradora, la inversión extranjera, el crédito, la moneda, el cambio extranjero, etc.
2. el sector industrial está sujeto a un conjunto de disposiciones relacionadas con la instalación de nuevas industrias, la fijación de cuotas de producción, normas de calidad, precios, patentes de invención, etc.;
3. el sector de hidrocarburos y minería está condicionado, principalmente, por leyes que han reservado al Estado la explotación y comercialización de áreas enteras de la actividad económica (petróleo, gas, hierro), utilizando el Estado para el ejercicio de su actividad la institución mercantil de la sociedad anónima;
4. el sector agropecuario, si bien está excluido de la calificación mercantil (por regla general), involucra al Estado en actividades de intermediación típicamente comerciales, al adquirir grandes volúmenes de productos agropecuarios (generalmente a precios mínimos garantizados) para revenderlos al público. Estas intervenciones están reglamentadas por leyes, decretos, resoluciones, etc.;
5. el sector comercio propiamente dicho está, igualmente, sometido a un conjunto normativo amplio que incluye pesas y medidas, circulación, distribución y consumo de bienes, importación y exportación de éstos, marcas y lemas, propaganda comercial, precio, usura, garantías sobre calidad y funcionamiento de bienes vendidos, restricciones a la libre competencia, prestación de servicios, ventas con reserva de dominio, ventas de parcelas, etc.

El conjunto de la acción legislativa del Estado se orienta, sobre las bases constitucionales antes referidas, conforme a planes previamente elaborados, los cuales fijan las líneas generales del

desarrollo económico y permiten determinar el alcance de la actividad privada en cada área o sector.

Existe un conjunto de normas constitucionales que directa o indirectamente, contribuyen a configurar el modelo intervencionista:

1. La regulación de la materia mercantil es competencia del Poder Nacional, lo cual significa que pertenece a la potestad legislativa (reserva legal) del Congreso de la República, ahora Asamblea Nacional, según dispone el ordinal 32 del artículo 156 de la Constitución: "Es de la competencia del Poder Nacional: ... 32... la legislación... en materia civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado..." En otros países, la redacción de esta norma constitucional ha sido fuente de problemas: en España se ha señalado que no sería posible adoptar una legislación que se denomine empresarial en lugar de mercantil; en México se ha observado que las facultades para legislar en materia mercantil corresponden al Congreso de la Unión, mientras que las facultades para legislar en materia civil se encuentran reservadas a los Congresos locales (artículos 73 fracción X y 124 de la Constitución), por lo cual la unificación legislativa comportaría una previa reforma constitucional; y en la República Argentina se sostenía que no era posible suprimir el Código de Comercio, hasta que la reforma constitucional de 1994, en el nuevo texto del artículo 75, inc. 12, incluyó como atribución del Congreso el "dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social, en *cuerpos unificados o separados*". La disposición venezolana tiene, afortunadamente, una redacción lo suficientemente amplia o genérica para permitir que la materia pueda ser integrada al Código Civil, como se hizo en Italia en 1942, o simplemente ser distribuída en cuantos textos sea necesario o conveniente. Naturalmente, se puede discrepar de esta afirmación y pensar que el constituyente entendió preservar la dicotomía del derecho privado, al hacer referencia, en forma separada, a la legislación civil y a la legislación mercantil, con todas las consecuencias que se derivarían de tal punto de vista.

d. el artículo 25 de la Ley 52 del 6 de febrero de 1996, ahora artículo 1.469-bis-sexies del Código Civil italiano, recoge la Directiva 13/93 del 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas;

e. el título III, Libro Primero del *Code de la Consommation* de Francia, dictado conforme a Ley 93-949 de 26 de julio de 1993, recoge la regulación del capítulo IV de la Ley 78-23 del 10 de enero de 1978 y las disposiciones de la Ley 95-96 del 1° de febrero de 1995 que realizó la transposición al derecho francés de la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas.

La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario establece como un derecho de éstos la protección contra las prácticas o cláusulas impuestas por proveedores de bienes y servicios que contraríen los derechos del consumidor y el usuario en los términos expresados en la Ley (numeral 8, artículo 6º). Esta protección tiene un carácter general. En algunos casos, como sucede con la actividad aseguradora o financiera, es concurrente con el ejercicio de las funciones de control de los órganos administrativos de supervisión respectivos. Específicamente, en el caso de los seguros, el texto de los contratos debe ser autorizado por el órgano de supervisión. En algunos países, en las áreas de seguro y banca existe una tradición de intervención en el control del contenido de las cláusulas contractuales. Venezuela se ha sumado a esta tendencia. En España, la doctrina considera que el artículo 16 de la Ley 26/1984 de 19 de julio de Defensa de los Consumidores y Usuarios es aplicable, sin duda, a los contratos bancarios, al prohibir "las condiciones abusivas de crédito" (Sánchez Calero).

E. *Responsabilidad por el producto*

La legislación dedicada a la protección del consumidor ha construído un régimen de responsabilidad objetiva inspirado en el derecho norteamericano, precursor en esta materia, el cual habla de *product liability* (responsabilidad por el producto), con reglas que se separan del régimen tradicional del derecho común, excesivamente inadecuado, conforme al cual resulta imposible obtener reparación del fabricante, porque éste no tiene relación contractual con

el consumidor, lo cual impide deducir una acción por daños y perjuicios contractuales; así como también resulta extremadamente difícil deducir una acción por daños extracontractuales, porque habría que demostrar culpa o negligencia, prueba de grandes dificultades procesales. En concordancia con las nuevas orientaciones se redactó la ley mexicana, la cual proclama la responsabilidad indistinta del fabricante y del proveedor por el solo hecho de poner en circulación un producto defectuoso, sin que se tenga que probar ninguna culpa o negligencia (Barrera Graf). Coincide la concepción de la ley mexicana con las nuevas orientaciones que presiden la evolución del moderno derecho de la responsabilidad extracontractual, una revisión que según Jiménez de Parga viene impulsada por dos factores:

> 1. *El nuevo presupuesto económico.* La producción y el consumo en masa, los avances científicos y técnicos llevan a un cambio en la dimensión del daño. Los daños derivados del uso o consumo de bienes y servicios son mas frecuentes, mas graves y a menudo inevitables. El daño adquiere grandes proporciones, al tiempo que el agente del daño y las víctimas del uso y consumo de bienes quedan en el anonimato.
>
> 2. *La insuficiencia del Derecho clásico de la responsabilidad extracontractual* para dar una respuesta adecuada a esta nueva situación. Los daños son frecuentes, graves e inevitables. Daños de estas características pueden quebrar las economías singulares. Sin embargo, el *Derecho de la responsabilidad extracontractual de los Códigos, basado en el criterio de imputación de la culpa, es adecuado sólo para tratar supuestos de daños esporádicos*, cuyo causante es fácilmente identificable, y que responderá sólo si es culpable. Frente a las víctimas, el requisito de la prueba de la culpabilidad del causante aparece como una fortaleza imbatible en esta nueva situación económica, ante la cual sucumbe cualquier pretensión para obtener una adecuada reparación de los daños.

Partiendo de esa realidad, la Directiva de las Comunidades Europeas del 25 de julio de 1985

> "atribuye al productor la responsabilidad de los daños causados por un defecto de su producto. Para ello, establece una responsabilidad objetiva con carácter imperativo. Basta con que el perjudicado pruebe el daño, el defecto del producto y el nexo de causalidad entre el defecto y el daño (arts. 1 y 4)". (Jiménez de Parga).

El artículo 1° de la Directiva dispone, de modo rotundo: "El productor es responsable del daño causado por un defecto de su producto". En la trasposición de la norma comunitaria al derecho interno de cada país miembro se ha intentado introducir mejoras (Ghestin).

La Directiva del 25 de julio de 1985 estuvo precedida de una revisión, por vía jurisprudencial, de los principios tradicionales de la responsabilidad extracontractual, estableciendo inversiones de la carga de la prueba de la culpa, o avanzando mas allá, hacia sistemas de responsabilidad independientes del criterio de la culpa. Todo este movimiento tuvo su punto de partida en el *common law* norteamericano y, especialmente, en el caso Greenman vs. Yuba Power Products, en el cual se estableció que la responsabilidad se afirma en *el simple hecho de poner en el mercado un producto defectuoso.* (Jiménez de Parga). La Directiva partió de la idea, correcta, de que el derecho privado codificado del siglo XIX, a cuya orientación corresponde el derecho civil venezolano, estaba basado en presupuestos ideológicos y fácticos que estaban lejos de ofrecer una protección adecuada a la víctima de daños causados por los productos colocados en el mercado. A partir de las décadas de los cincuenta y de los sesenta, desde el punto de vista ideológico se hizo predominante la idea de que el desarrollo económico no podía prevalecer sobre el interés social. Por otra parte, los avances tecnológicos llevaron al convencimiento de que los daños provenientes del uso o consumo de productos eran, algunas veces, sencillamente inevitables, por mas diligencia que empleara el fabricante en su elaboración. Como dice Alcover,

> "En definitiva, se está ante un inevitable coste del progreso, ya que la sociedad actual en que estamos inmersos no quiere renunciar a los beneficios de la estructura productiva pese a sus evidentes riesgos, y la clave de buena parte de las cuestiones inherentes a la responsabilidad civil de productos consiste en quién debe soportarlo".

La regulación contenida en la Directiva del 25 de julio de 1985, al consagrar la responsabilidad objetiva del fabricante, superó las insuficiencias de las soluciones que ofrecía el derecho común: a) considerar que los daños eran la consecuencia del incumplimiento

La legislación promulgada al amparo de la restricción de la libertad económica es muy abundante e incluye fijación de precios de productos y servicios, fijación de pautas de producción industrial, venta de inmuebles, mantenimiento de equipos, medidas cambiarias, etc. Gran parte de la legislación fue adoptada cuando no se habían dictado leyes que hoy permiten una regulación de ciertas áreas económicas y dejan al Ejecutivo Nacional la posibilidad, por vía reglamentaria, de ampliar esa regulación. A pesar de las reiteradas peticiones y de los planteamientos públicos hechos por los organismos gremiales del comercio y de la industria para que se derogara la restricción de la libertad económica, la situación continuó igual hasta 1991, oportunidad en la cual el Ejecutivo Nacional consideró que habían cesado las causas que motivaron la restricción de la garantía económica y revocó el artículo 4º del Decreto 674 (Decreto 1724 de fecha 4/7/91, Gaceta Oficial Nº 34.752 del 10/7/91). Nuevamente, el 26 de febrero de 1994, el Ejecutivo nacional por Decreto Nº 51 (Gaceta Oficial Nº 35.410 del 28/2/94) suspendió la garantía económica, la cual restituyó por Decreto Nº 739 del 6 de julio de 1995 (Gaceta Oficial Nº 4.931 Extraordinario de la misma fecha). Uno de los argumentos que se escuchó con mayor frecuencia es el de que no podía restituirse la garantía económica hasta tanto no se dispusiera de una Ley Antimonopolios. Una de las razones más poderosas para la prolongación de la situación parece haber sido, sin embargo, la amplitud de competencias que la restricción de la libertad económica confiere al Ejecutivo Nacional, privilegio al cual éste no quiso renunciar por mucho tiempo. Es más, con una relativa frecuencia, los gobiernos solicitan poderes extraordinarios (ordinal 8º, articulo 190 de la Constitución) para "dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera" por requerirlo así el interés público, a cuyo efecto el Congreso dicta una *ley habilitante,* como si no fuera suficiente el grado de poder que la restricción de la garantía económica otorga al Ejecutivo Nacional.

El carácter eventualmente transitorio de las normas dictadas al amparo de la situación señalada otorgan a una parte de la legislación mercantil una naturaleza contingente muy marcada.

La actuación de los poderes públicos en esta materia y sus consecuencias han sido juzgadas muy apropiadamente así por De León: "A estos problemas teóricos se añade la praxis distorsionante de los poderes públicos venezolanos empeñados en imponer por décadas a la sociedad un sistema económico fundado en la redistribución corporativa de la riqueza petrolera; sistema que convive mal con el régimen constitucional, a tal punto que sólo ha sido posible implantarlo

bajo la legalidad temporal prevista en el llamado Régimen de Excepción. Con el transcurrir del tiempo, la prolongada excepción ha empobrecido la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia sobre las cláusulas económicas y sociales que conforman el régimen ordinario de la Constitución, desdibujando los lineamientos imparciales bajo los cuales se concibió originalmente, subjetivizando la objetividad del texto. Ello sin duda ha propiciado un justificado desinterés de la doctrina y jurisprudencia nacional, por evaluar las implicaciones jurídicas de un sistema económico, que al fin y al cabo, está consagrado en el papel pero no en la realidad.- Así, el prolongado régimen de excepción que permitió restringir la libertad económica hasta su virtual supresión práctica, los pocos años transcurridos desde que ésta fuera restituida en 1991 y las intermitentes suspensiones y restituciones de la garantía que la protege habidas desde entonces, han obstaculizado la formación de corrientes doctrinales y jurisprudenciales sólidas y definidas en la materia; estamos pues, muy lejos de poseer un corpus estable de interpretación, que sólo de manera incipiente se ha proyectado sobre algunos de los temas más difíciles y debatidos".

La más reciente doctrina venezolana observa que la libertad económica tiene dos vertientes, una subjetiva y otra institucional u objetiva, es decir, la libertad económica se concibe como un derecho subjetivo de rango constitucional y como una *garantía* de determinada institución, a saber, la economía social de mercado (Hernández González).La libertad económica, por otra parte, es un derecho constitucional limitable, pero las limitaciones no pueden llegar hasta el extremo de afectar o desfigurar su *contenido esencial* . El concepto de contenido esencial aparece en la Constitución española. Su origen se suele ubicar en la Ley Fundamental de Bonn, no fue incluido en la Constitución de 1999 a pesar de la insistencia de la doctrina, pero ha recibido reconocimiento jurisprudencial (Hernández González). Determinar cual es el contenido esencial de un derecho constitucional es una tarea delicada, aunque no imposible, y para realizarla se propone acudir a examinar la naturaleza jurídica del derecho o los intereses jurídicamente protegidos por el mismo, cuando no a ambos criterios. El contenido esencial de la libertad económica, cuyo desconocimiento haría irreconocible a este derecho es –para la doctrina contemporánea de Venezuela- la *autonomía empresarial* (Hernández González).

La libertad de empresa, como garantía constitucional, está amparada por garantías formales y materiales. La primera es la reserva legal (todas las limitaciones a ese derecho deben tener una expresa cobertura legal). Las segundas imponen el reconocimiento del carácter sustantivo del derecho y el respeto de la concepción de la libertad económica como derivación de la libertad del ciudadano.

V. RESUMEN

1. El ámbito del Derecho Mercantil sigue siendo alinderado en Venezuela básicamente por el Código de Comercio, pero la actuación legislativa del Estado ha producido un fenómeno ya conocido en otros países: la disgregación o dispersión de la materia comercial;
2. La Constitución regula extensamente la materia económica, siguiendo la tendencia contemporánea dirigida a organizar constitucionalmente el sistema económico;
3. El modelo económico constitucional venezolano es de economía social de mercado cuyo límite es la justicia social;
4. La libertad de empresa es un derecho subjetivo de rango constitucional y una garantía de la economía social de mercado;
5. A la actuación normativa del Estado se suma su intervención directa como actor en la vida económica;
5. La protección al consumidor tiene rango constitucional explícito y manifestaciones concretas en la legislación venezolana;

VI. OBJETIVOS

El aprendizaje y la comprensión de la materia cubierta por el capítulo V, debe permitir al estudiante:

la finalidad de intermediar en el mercado de bienes o servicios; y el establecimiento es el conjunto de bienes y servicios dispuestos y coordinados por el empresario para lograr el fin peculiar de su empresa.

e) En América Latina se usa la palabra empresa no siempre con el mismo sentido

Como equivalente de *fonds de commerce* se utilizan las *expresiones establecimiento comercial, acervo comercial, negocio, negociación, casa de comercio, patrimonio industrial, fondo de comercio y hacienda*. En Argentina y Uruguay se utiliza la palabra *llave* como sinónimo *de avviamento* o como equivalente al derecho a un local. En Colombia se emplea la expresión anglosajona *good will*, indicativa de las ventajas del establecimiento, en razón de circunstancias personales del dueño o del negocio mismo. En Venezuela, la ley emplea las expresiones de *empresa* (acto de comercio); *firma* (nombre comercial); *fondo de comercio y establecimiento mercantil* (conjunto de bienes afectados a la explotación comercial). En la práctica, se habla *de negocio,* como equivalente de fondo de comercio; y de *punto,* para señalar el lugar donde está ubicada la sede de este elemento al cual se atribuye un valor.

2. Además de las dificultades terminológicas, existe en esta materia el peligro del abuso de las concepciones abstractas sin significado real (Mármol Marquís). Los excesos conceptuales de la doctrina, subraya Broseta Pont, han hecho exclamar a Asquini que "pudiera suceder que el lector terminara por preguntarse si la empresa realmente existe"; a Ferrara que "la teoría de la empresa discurre entre los fantasmas"; y a Casanova que "los trabajos ... de los autores ... han complicado singularmente toda la materia y han hecho grave y oscuro incluso el problema, que es claro y simple, de la exacta distinción entre el concepto de "empresa" y el de "azienda".

3. La unificación formal del Derecho privado italiano, concretada en el Código Civil de 1942, abandonó el acto de comercio y el comerciante como ejes del sistema mercantil y los sustituyó por las nociones de empresa y empresario. Esta construcción legislativa

estuvo precedida de una fecunda reflexión doctrinal que se intensificó después de la unificación. La fascinación que causó el cambio de rumbo de la legislación italiana contribuyó al aumento del interés científico por el tema de la empresa y produjo intentos de imitación del nuevo sistema. Sin embargo, a veces ha sido difícil mantener el entusiasmo dentro de los limites que son imprescindibles, es decir, los que ofrece el propio derecho positivo.

4. La noción de empresa no es totalmente extraña a nuestro sistema jurídico:

a) el Código de Comercio, en los ordinales 5, 6, 7, 8, 10 y 11 del artículo 2º vincula la empresa con la idea de acto de comercio

b) el derecho de la integración ecocómica (Comunidad Andina), especialmente en algunos instrumentos de derecho derivado, como la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, utiliza el concepto de empresa;

c) en el ámbito del Derecho Fiscal la empresa es caracterizada así: 1) el Código Orgánico Tributario, al identificar a los contribuyentes en el artículo 22, menciona en el número 3 a "las entidades o colectividades que constituyan una unidad económica, dispongan de patrimonio y tengan autonomía funcional". La propia doctrina tributaria entiende que esta noción incluye a la empresa (Casado Hidalgo); 2) La Ley de Impuesto sobre la Renta no define la empresa, pero hace referencia a ella en varias disposiciones (letra e, art. 5º; parágrafo primero, artículo 23; y otros);

d) el derecho del trabajo hace alusión a la *empresa* en el artículo 16 de la Ley Orgánica del Trabajo, como "la unidad de producción de bienes o de servicios constituída para realizar una actividad económica con fines de lucro"; al *establecimiento*, como "la reunión de medios materiales y de un personal permanente que trabaja, en general, en un mismo lugar, en una misma tarea, y que está sometido a una dirección técnica común, tenga o no fines de lucro"; y a la *explotación*, como "toda combinación de factores de la

producción sin personería jurídica propia ni organización permanente, que busca satisfacer necesidades y cuyas operaciones se refieren a un mismo centro de actividad económica".

En cuanto al concepto de fondo de comercio, la ley lo regula como unidad: a) en el momento de su enajenación (artículos 151 y 152 del Código de Comercio); b) en el instante de la transmisión *mortis causa (artícu*lo 369 del Código Civil); c) en el momento de la constitución de garantía sobre el mismo (Ley de Hipotecaría Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión).

Las dificultades existentes en este campo obligan a extremar la claridad de los planteamientos y de las soluciones propuestas y a aproximar los problemas teóricos a los postulados legales, recordando las diferencias entre *lege constituta y lege ferenda.*

III. CONCEPTO DE EMPRESA

Formular un "concepto jurídico" de empresa en oposición a un "concepto económico" tiene dificultades, porque el enfoque jurídico es generalmente unilateral, en el sentido de que mira a la empresa desde una perspectiva limitada (laboral, fiscal, mercantil, cooperativa, etc.). La empresa es un fenómeno económico, social y político, además de jurídico. Lo ideal sería encontrar una noción que integrara todos sus aspectos. La doctrina mercantil mas reciente, apunta Uría,

> "al contemplar desde el ángulo jurídico la totalidad del fenómeno empresa como unidad económica orgánica, comenzó a separar el aspecto subjetivo del aspecto objetivo de ese fenómeno; empezó a distinguir entre la actividad del sujeto organizado y el conjunto de medios instrumentales (reales o personales) por él organizados para el servicio de esa actividad, centrando la idea de empresa sobre el primer aspecto, y la idea distinta de "establecimiento", "negocio", "hacienda" o "casa comercial", sobre el segundo. Con lo que gana carta de naturaleza a través de esa separación la concepción jurídica de empresa como pura forma o modo de actividad".

"En definitiva, la empresa es una parcela de la realidad económica, de la cual puede obtenerse un concepto económico unitario. Como tal fenómeno está íntegramente sometida a tratamiento jurídico y, por tanto, podrá formularse un concepto jurídico de ella que, además, coincidirá con el económico, supuesto que la Economía procura la realidad que el Derecho regula totalmente. Mas sobre la empresa como fenómeno económico inciden desde distintas perspectivas las normas jurídicas, supuesto que en ella coexisten intereses, elementos, relaciones, sujetos y deberes de distinta naturaleza. Ello quiere decir que la empresa está sometida a la atención de diversas disciplinas jurídicas, cada una de las cuales se ocupa de la parte, elemento o "perfil" que por su naturaleza le corresponde regular. Por lo cual el estudio y el tratamiento de la empresa corresponden a diversas disciplinas. Pero precisamente por ello cada una de ellas no está legitimada para sustituir conceptualmente el fenómeno económico total que es la empresa en la realidad por aquella faceta, aspecto o elemento parcial que le corresponde regular, formulando un concepto de empresa parcial, distinto y válido para cada disciplina, según la parte o el aspecto que le interese. Metodológicamente no parece lícito formular tantos conceptos distintos de empresa, cuantas disciplinas convergen sobre ella.

Será correcto, sin embargo, resaltar el aspecto o la parte del fenómeno total (económico) de la empresa que interesa a cada disciplina. Y así al Derecho laboral interesa la comunidad de trabajo presente en el seno de la empresa. Al Derecho Mercantil le corresponde regular el conjunto de elementos organizados que -siendo instrumentales para el ejercicio de una actividad mercantil- son susceptibles de tráfico jurídico; las relaciones no laborales del empresario con sus auxiliares; la estructura y la ordenación jurídica del capital en las empresas dominadas por una sociedad anónima; el estatuto del empresario en cuanto titular de la empresa y las relaciones de éste con terceros.

Lo que importa, pues, es analizar la realidad social que es la empresa desde una perspectiva jurídica. El jurista, por ello debe preguntarse qué aspectos de la empresa son o deben ser tratados por el Derecho y si pertenece o no su disciplina a una sola rama del Derecho. Esta última pregunta debe responderse negativamente. Todas ellas tienden a regular, aunque desde perspectivas y ángulos distintos, el mismo fenómeno económico, lo cual implica que la empresa es una misma realidad regulada desde distintos sectores. El jurista al formular sus construcciones conceptuales debe respetar estos datos y no puede postular unidad y monopolio de tratamiento cuando en la realidad no existen uno ni otro".

Desde el punto de vista de derecho positivo, a la empresa es aplicable, en Venezuela, la misma observación que formula Broseta Pont para el caso de España: "la empresa es una simple unidad funcional, a la que las partes, e incluso el ordenamiento positivo, en ocasiones consideran como si fuera una unidad, especialmente cuando sobre ella se estipulan negocios jurídicos".

En consecuencia:

a) los derechos que puedan constituirse sobre el conjunto, dependen de los que puedan constituirse sobre los elementos aislados;

b) la transmisión de los elementos aislados deberá cumplirse acatando la respectiva ley de circulación, aun cuando las partes convengan en la transmisión en un solo acto.

La empresa no puede ser definida, afirma Messineo, "optando entre la categoría de los sujetos y la categoría de los objetos, para asignarla a la una o a la otra: escapa a los términos de tal alternativa, porque es un *tertium genus*".

IV. ELEMENTOS PATRIMONIALES DE LA EMPRESA

Los elementos patrimoniales de la empresa son de diversa naturaleza. Excepcionalmente puede encontrarse una empresa prácticamente sin ningún bien o derecho, como las agencias de negocios, las oficinas de representación, las empresas de corretaje, aun cuando en estos supuestos excepcionales algún elemento patrimonial existe: un local arrendado, un servicio telefónico, etc. La regla general será la presencia de un grupo de elementos que pueden agruparse bajo las siguientes categorías:

A. La propiedad comercial

En algunas explotaciones comerciales, el emplazamiento del negocio tiene la máxima importancia. La calidad y la cantidad de la clientela y las expectativas de crecimiento están determinadas por el sitio, por lo que en lenguaje ordinario en Venezuela se llama

el "punto" (una esquina, una calle de gran tráfico de personas o de vehículos, un centro comercial, etc.). Por tal circunstancia, en varios países, entre ellos Francia y España, se ha legislado sobre el particular, a fin de proteger al empresario contra las arbitrariedades de los propietarios del inmueble donde está asentado el establecimiento. Las principales notas de esa legislación protectora están dirigidas a: a) imponer al arrendador la renovación de los contratos de arrendamiento; b) impedir los desahucios arbitrarios; c) convertir al adquirente de la empresa en arrendatario, cuando el enajenante sea el propietario del inmueble; d) permitir el traspaso del contrato de arrendamiento al tercero adquirente, el cual queda subrogado en los derechos y obligaciones del arrendatario; e) conceder al arrendatario una indemnización, en caso de que no le sea concedida la prórroga de su contrato de arrendamiento.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna reglamentación de la llamada "propiedad comercial" ni distinción entre los arrendamientos civiles y los arrendamientos "comerciales" que sí realiza la legislación francesa.

Los comerciantes arrendatarios tienen, desde el punto de vista legal, una condición precaria que se hace más patente en el momento de la transmisión de la empresa, oportunidad en la cual son víctimas, con frecuencia, de actos de extorsión por parte de los propietarios de inmuebles. Por otra parte, a fin de evitar la dudosa tipificación de un delito, los enajenantes de fondos de comercio que tienen autorización del arrendador para subarrendar, prefieren inflar arbitrariamente el valor de los elementos patrimoniales que lo constituyen, en lugar de recibir pagos por un "derecho al local" o un "punto" que es perfectamente correcto desde el punto de vista doctrinal y licito en otros ordenamientos jurídicos. La nueva Ley de Arrendamientos Inmobiliarios que comenzó a regir el 1° de enero de 2000 no regula separadamente y de modo sistemático el arrendamiento de bienes inmuebles para usos comerciales. Además, incorpora una disposición que agrava la situación precaria de los empresarios frente a los arrendadores al prohibir en el artículo 13 las primas por la cesión, traspaso o arriendo del inmueble o por la venta del punto; y al mismo tiempo desmejora la situación de los

desarrollo o de expansión de la empresa que le pertenecen a ella como tal.

Tampoco las expectativas son objeto de derecho. El tratamiento es indirecto, a través de los restantes elementos de la empresa.

VI. La empresa como objeto de tráfico jurídico

Garrigues afirma que todas las construcciones jurídicas sobre la empresa tienden, en definitiva, a explicar su aptitud para ser objeto de tráfico: la empresa se vende, se hereda, se da en usufructo, en prenda, en arrendamiento. Ahora bien, este conjunto de elementos es considerado como una unidad por la voluntad de las partes, porque legalmente no existe ninguna construcción que haga lo mismo, aunque la ley, a veces, otorgue tratamiento unitario a ciertos actos jurídicos relacionados con la empresa: la enajenación, la herencia, o la constitución de garantía sobre ella.

VI.l Empresa, "azienda" y fondo de comercio

Refiriéndose a la relación que existe entre los conceptos de empresa y hacienda, escribe Ferrara (hijo):

> "Sobre esta cuestión se han expuesto doctrinalmente las tesis más dispares. Mossa identifica la empresa con la hacienda: la empresa no sería sino la denominación moderna y dominante de la hacienda. Santoro Passarelli opina que la hacienda y la empresa están entre sí en relación de género a especie. La empresa no sería sino un tipo de hacienda y cabalmente la hacienda estable, productiva, de grandes y medianas dimensiones. Greco afirma cabalmente lo contrario, es decir, que la hacienda constituye *una parte de la empresa.* Caracterizaría a la empresa una organización de personas y, por vía secundaria, también de bienes -que el autor califica de institución- mientras que la hacienda se limitaría a los bienes de la organización. Valeri contrapone, a su vez netamente ambos conceptos. Sería la empresa la actividad organizada, la hacienda, en cambio, el conjunto de bienes organizados para el ejercicio de la empresa, y por ello el instrumento de la empresa, siendo ésta el fin. Asquini, en fin, traza cuatro perfiles de la empresa, y uno de ellos es la hacienda.
> Indudablemente, esta serie de opiniones encuentra en parte su razón de ser en la terminología imprecisa y equívoca de la ley;

> pero debe también reconocerse que los autores han fantaseado creando un concepto personal y predilecto de empresa o de hacienda, según los casos, y procediendo después sobre la base del concepto así elaborado a construir el otro.
> Queda así establecida la relación entre la hacienda y la empresa. La hacienda es aquella organización productiva que constituye un capital; la empresa es la actividad profesional del empresario. Los dos conceptos están íntimamente ligados, porque la organización productiva está puesta en marcha por el ejercicio de la actividad profesional del empresario, es decir, por el ejercicio de la empresa; pero la empresa supone, a su vez, una organización por medio de la cual se ejercita la actividad. Sin embargo, el concepto de la empresa no tiene, en realidad, relevancia jurídica. La actividad profesional se resuelve, en efecto, en un momento o situación personal del sujeto de suerte que los efectos de la empresa no son sino efectos a cargo del sujeto que la ejercita, siendo por ello estudiados con ocasión del análisis de la figura del empresario, y de la especie correspondiente en que dicha actividad se distingue. Así, pues, las figuras en torno a las que se polarizan los efectos jurídicos son, respectivamente, el empresario y la hacienda".

El conjunto unitario de elementos patrimoniales de la empresa puede recibir un nombre distinto, si se parte de una noción también distinta de empresa. Es lo que ocurre con el derecho italiano, el cual define a la "hacienda mercantil" (articulo 2.555 del Código Civil) como conjunto de los bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa. El derecho italiano recoge la tesis doctrinal dominante, conforme a la cual empresa es actividad; empresario, sujeto que la realiza; y "hacienda", bienes con los cuales se ejerce la actividad. Este conjunto puede incluir: muebles, inmuebles, créditos y deudas. La "azienda" no es otra cosa que el "aparato instrumental material" (locales, maquinaria, instalaciones, materias primas, mercancías, etc.) de las cuales se vale el empresario para el desarrollo y en el desarrollo de su propia actividad (Campobasso). Entre empresa y hacienda hay una relación de medio a fin y son términos diferenciados, aunque en el lenguaje corriente se les confunda (Galgano).

Para la doctrina francesa, el fondo de comercio es un conjunto de bienes muebles corporales e incorporales que un comerciante agrupa y pone en función para satisfacer a su clientela (Rodiere-Houin). No incluye elementos inmobiliarios. Los elementos corporales son

las mercancías y el mobiliario y equipos *(materiel);* los incorporales (los más importantes) son la enseña, el nombre comercial, el derecho al local, la clientela (Hamel, Lagarde, Jauffret).

¿Hay alguna diferencia entre la noción de "azienda" del derecho italiano y la de *fonds de commerce* del derecho francés?

Ambos sistemas identifican como *azienda o fonds de commerce* un conjunto de bienes sobre los cuales se ejerce la actividad del empresario. La nota diferenciadora más importante consiste en que conforme a la doctrina francesa el fondo de comercio excluye a los inmuebles como elemento constitutivo y la doctrina italiana incluye a los inmuebles entre los elementos del patrimonio de la "hacienda". La tesis francesa de considerar el fondo de comercio un bien mueble no es una formulación legislativa sino una interpretación doctrinal, en razón de que las propiedades incorporales que no están previstas en la clasificación de los bienes efectuada por el Código Civil, son consideradas bienes muebles por la jurisprudencia (Ripert). Esta concepción conduce a rechazar a los inmuebles como elementos constitutivos del fondo de comercio, basando esta conclusión en que los inmuebles (por tradición) han sido excluidos del comercio y en que no hay inmuebles considerados muebles por destinación.

VI.2. La empresa y el Código de Comercio

¿Corresponden las referencias de nuestro Código de Comercio en los ordinales 5º, 6º, 7º, 8º, 10 y 11 del articulo 2º del Código de Comercio a la concepción teórica de carácter económico?

La respuesta es afirmativa. Georges Ripert, refiriéndose a la situación francesa -similar a la nuestra sobre el particular- señala:

1. se ha exagerado el alcance de la noción de empresa, queriendo ver en ella un criterio de comercialidad;
2. la noción de empresa se acerca mucho a la nota de profesionalidad.

Es en este último sentido que deben interpretarse las menciones del artículo 2º del Código de Comercio venezolano: la empresa es el *ejercicio profesional* de una *actividad económica organizada.* En

GARRIGUES, Joaquín: "Curso de Derecho Mercantil", I; Editorial Porrúa S.A., México 1977.

GARRONE, José Alberto y CASTRO SAMMARTINO, Mario E.: "Manual de derecho comercial", segunda edición; Abeledo Perrot, Buenos Aires 1996.

GOLDSCHMIDT, Roberto: "La noción jurídica del fondo de comercio", en publicación de Raúl Ramírez; Ediciones Fabretón, Caracas 1973.

JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco: "Appunti di Diritto Commerciale", cuarta edición, Giufrèe, Milán1997.

HAMEL, Joseph; LAGARDE, Gastón; y JAUFFRET, Alfred: "Droit Commercial", Tome Deuxieme; Dalloz, París 1966.

MÁRMOL MARQUIS, Hugo: "Fundamentos de Derecho Mercantil. Parte General"; Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1978.

MESSINEO, Francesco: "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo II; Ejea, Buenos Aires 1971.

RIPERT, Georges: "Traité Elémentaire de Droit Commercial", I; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París 1968.

RODIERE, René y HOUIN, Roger: "Droit Commercial"; Dalloz, París 1970.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando:

a) "Instituciones de Derecho Mercantil"; Revista de Derecho Privado, Madrid 1984;

b) Idem, vigésima edición; Mc. Graw-Hill, Madrid 1997.

SOLA CAÑIZARES, Felipe de: "Tratado de Derecho Comercial Comparado", Tomo I; Montaner y Simón, Barcelona 1963.

TORRES Y TORRES LARA, Carlos: "Derecho de la empresa"; Revista peruana de derecho de la empresa, Lima 1987.

URIA, Rodrigo: "Derecho mercantil", vigésimo cuarta edición; Marcial Pons, Madrid 1997.

Capítulo VII

El fondo de comercio

I. INTRODUCCION. II. NATURALEZA JURIDICA. III. ENAJENACION DEL FONDO DE COMERCIO. III.1 ENAJENACION DE LAS EXISTENCIAS Y DE LOS ELEMENTOS AISLADOS DEL FONDO DE COMERCIO. III.2 REGIMEN DE PUBLICIDAD DE LA ENAJENACION. IV. DERECHOS DE LOS ACREEDORES. V. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL ADQUIRENTE. VI. EFECTOS DE LA ENAJENACION. VII. LA HIPOTECA MOBILIARIA DEL FONDO DE COMERCIO. VIII. RESUMEN. IX. OBJETIVOS.

I. Introducción

La transmisión de la empresa puede ser enfocada como la transferencia de los elementos que se integran en la unidad que algunos sistemas jurídicos catalogan como "azienda" (derecho italiano), como "establecimiento" (derecho español) o como "fondo de comercio" (derecho francés, derecho argentino y derecho venezolano). Sin embargo, la visión unitaria del fondo de comercio tiene serias dificultades, no sólo cuando se realiza desde el punto de vista jurídico, sino cuando se efectúa desde el propio ángulo económico, como se apreciará más adelante.

La figura del fondo de comercio es de reciente tratamiento legislativo en Venezuela. Antes de 1955 sólo había menciones referenciales en el Código de Comercio y en otros textos legales, lo cual no debe causar extrañeza, porque las codificaciones del siglo XIX no consideraron el fondo de comercio como unidad. La primera reglamentación importante sobre la materia fue la de la ley francesa del 17 de marzo de 1909 (Ley Cordelet). En nuestro país, fue Roberto Goldschmidt, redactor de la reforma del Código de Comercio de 1955, quien se ocupó de proponer una regulación, que si bien es parcial, atiende los problemas más urgentes planteados por la transferencia de lo que en lenguaje ordinario se llama

en Venezuela un "negocio", creándose un régimen de salvaguarda de los derechos de los acreedores del enajenante.

El Código de Comercio venezolano no define el fondo de comercio, sino que trata directamente de su enajenación, en los artículos 151 y 152, dando por supuesto que la noción es conocida. Otras referencias del derecho positivo se encuentran en el ordinal 3º del artículo 2º ejusdem, que tipifica la compra y la venta de un establecimiento de comercio como acto objetivo de comercio; en el numeral 10 del artículo 19 del mismo texto legal, que ordena la inscripción de la venta de un fondo de comercio en el Registro Mercantil; en el artículo 369 del Código Civil, que menciona al establecimiento de comercio como elemento patrimonial de la herencia del pupilo, elemento que debe enajenarse o liquidarse, o cuya explotación puede continuar, conforme a la conveniencia del menor; y en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión de 1973, la cual regula la hipoteca mobiliaria del fondo de comercio.

II. NATURALEZA JURÍDICA

Goldschmidt concibe el fondo de comercio como "organización de bienes del comerciante"; y el artículo 57 del Anteproyecto de Reforma Mercantil de 1962 lo califica como "conjunto de bienes organizados por el comerciante para el ejercicio de su actividad profesional", dándole el nombre de "establecimiento o hacienda mercantil".

La determinación de la naturaleza jurídica del fondo de comercio se reduce a establecer si el fondo es una cosa por sí, diferente de los elementos que la componen, es decir, si a la pretendida unidad económica corresponde una precisa unidad jurídica. La Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión concibe al fondo de comercio como un bien mueble susceptible de hipoteca. Sin embargo, este "bien mueble" no queda sometido, como el resto de los bienes muebles, al régimen de transmisión previsto por el Código Civil, puesto que la citada ley lo que hace es darle un tratamiento especial, es decir, lo imagina

partir de la afirmación de que el problema de la naturaleza jurídica de la hacienda mercantil consiste en determinar si a la unidad económica corresponde una unidad jurídica. La cuestión debería enfocarse desde el punto de vista de los efectos jurídicos que se producen en virtud de la atribución de una función determinada a un bien, para establecer después que efectos particulares derivan de la atribución de una función conectada a otras correlativas que se asignan a otros bienes;

3. El valor jurídico de la hacienda coincide o se confunde con el valor jurídico del aviamento (utilidad integral que adquieren los elementos de la hacienda en virtud de la organización y en vista de su función unitaria).

A la legislación italiana se le ha criticado que los artículos 2.082 (definición del empresario) y 2.555 (noción de hacienda) llevan a cabo una superposición, al reconocer que la hacienda también es organización (conjunto de bienes *organizados),* lo cual ha sido fuente de confusiones y errores (Zunino).

La doctrina italiana (Ferri) pone de relieve que en el sistema de la Ley los perfiles jurídicos dominantes son los de la empresa como *actividad* y los de la empresa como *complejo de bienes* destinados a un fin productivo; y que en torno a estos dos perfiles fundamentales –netamente distintos y contrapuestos– se disponen todas las normas contenidas en el Código. Cuando la ley habla de la empresa como conjunto de bienes, habla de *azienda* (art. 2.555 Código Civil). Los dos conceptos –actividad y conjunto de bienes– se complementan: la actividad del empresario no puede manifestarse si falta un conjunto de bienes sobre los cuales operar; por otra parte, el conjunto de bienes se convierte en *azienda* al ser vivificado por la actividad del empresario. La disciplina legal de la "azienda" "está esencialmente dirigida a regular el momento circulatorio" (Jaeger y Denozza), lo cual confirma el perfil de objeto de tráfico que se el asigna en este supuesto a la empresa.

De modo concordante con las apreciaciones del derecho italiano, la doctrina española hace coincidir el "establecimiento" con

el aspecto objetivo de la empresa, como "conjunto de bienes que son el medio para obtener su finalidad económica" (Sánchez Calero). Se rechaza, por ser consideradas insatisfactorias, las construcciones jurídicas que pretenden ver en el establecimiento un patrimonio autónomo o una *universitas facti o iuris*. Uría propone aplicar el concepto de *institución:*

> "Si la idea de la *institución*, como organización de elementos materiales y personales en función de un fin de orden superior a todos ellos, cada día penetra más profundamente en el terreno jurídico, el establecimiento, como particular forma de organización jerarquizada de bienes y de servicios personales, podría merecer, sin violencia, esa calificación".

Sandoval López, en Chile, critica esta explicación, pues vuelve a la confusión entre el aspecto objetivo y subjetivo de la empresa.

En la República Argentina, la doctrina ha repetido la agotadora tarea de tratar de encontrar una explicación satisfactoria de la naturaleza jurídica del fondo de comercio, sin resultado práctico alguno, como certeramente lo anotan Fernández y Gómez Leo:

> "Los autores, análogamente a lo que ocurre respecto de otros institutos jurídicos, ...se esfuerzan por encuadrar al fondo de comercio en las figuras clásicas del derecho común, no obstante tratarse de un fenómeno social, creado por las necesidades de la vida real, perfectamente definido en su esfera y en su contenido, con características especiales que no se ajustan a los moldes clásicos".

En algunos casos se llega a la conclusión de que se está frente a la manifestación de la empresa como objeto de derecho (Zunino), en perfecta concordancia con la tesis predominante que tiene su origen en el derecho italiano. En el mismo sentido se orienta Barrera Graf en México (seguido por Bauche Garciadiego), quien asimila fondo de comercio y "azienda".

En el Brasil se ha rechazado, por imposibilidad legal, la noción del fondo de comercio como universalidad de derecho o como patrimonio separado, afirmándose que a los juristas no les queda otra alternativa que considerarlo una universalidad de hecho

(Requiâo). Es la noción que acepta en Colombia Gabino Pinzón, quien explica:

> "Con esta concepción se pretende, desde luego, hacer resaltar dos condiciones o aspectos del establecimiento de comercio: la coherencia de sus distintos elementos, que, a pesar de su variedad, forman un todo que, más que por la unidad de propietario, se distingue por la unidad de fin o de destino, esto es, el servicio de la empresa o actividad comercial; y la condición de simple realidad económica, desprovista de entidad jurídica, porque el establecimiento, como conjunto organizado de bienes, se confunde con los demás bienes del empresario, para formar una unidad de patrimonio, en la que es común el régimen legal de los bienes que lo integran. Los distintos elementos corporales e incorporales del establecimiento constituyen, pues, una universalidad, pero esta es simplemente de hecho, existe y funciona sin autonomía alguna dentro del derecho."

Se debe destacar, por cierto, que la regulación del establecimiento comercial contenida en el Código de Comercio colombiano (arts. 515 a 533) es de una excelente factura técnica, aunque la doctrina ha criticado algunos aspectos (Madriñán, Medina Vergara-Ravassa Moreno, Velázquez Restrepo).

En Chile se afirma que el aspecto objetivo del fenómeno empresa, constituído por el conjunto de bienes de los que el empresario se vale para el ejercicio de su actividad empresarial, corresponde a la noción de establecimiento de comercio (Sandoval López).

III. Enajenación del fondo de comercio

El Código de Comercio le otorga tratamiento de unidad funcional al fondo de comercio en el momento de su enajenación. Por enajenación ha de entenderse cualquier acto de transmisión del dominio sobre el fondo, por acto entre vivos. La doctrina venezolana (Goldschmidt y Ramírez) está conteste en que los derechos de los terceros están suficientemente protegidos por las disposiciones en materia de sucesiones, por lo cual acepta la exclusión de la

se dispone del elemento aislado fundamental, es decir, aquel cuya falta hace cesar las actividades comerciales del dueño del fondo (Ramírez). Para que estos supuestos de enajenación pongan en funcionamiento el régimen de publicidad previsto en el artículo 151, deben tener como consecuencia la "cesación de los negocios" del dueño del fondo, concepto que puede ser de difícil determinación y apreciación. Corresponderá al juez, en todo caso, establecer cuándo debe entenderse que han cesado los negocios del dueño. Generalmente, el juez examinará cuál es el elemento esencial o cuáles son los elementos esenciales (corporales o incorporales) para la existencia o el funcionamiento del fondo como unidad instrumental del ejercicio del comercio y determinará si se ha producido –en la práctica– una cesación de los negocios del dueño del fondo.

La cesación en los negocios no es condición para la publicidad de la enajenación del fondo de comercio como unidad, a pesar de la defectuosa redacción del artículo 151, que pudiera dar lugar a una interpretación de este tipo, pues está sobreentendido que quien enajena el fondo de comercio como unidad, cesa en los negocios con respecto a ese establecimiento.

III.2. Régimen de publicidad de la enajenación

La enajenación del fondo de comercio debe publicarse antes de la entrega del fondo. Igualmente deben publicarse la enajenación de sus existencias en su totalidad o en lotes; y la enajenación de sus elementos aislados, cuando produzcan la cesación de los negocios de su dueño.

El sistema establecido por el artículo 151 es el siguiente:

1. La publicación debe hacerse en un periódico del lugar donde funciona el fondo o en el lugar más cercano, si en aquél no se publicare periódico;
2. Cuando el fondo tenga un valor superior a los diez mil bolívares (Bs. 10.000,00), la publicidad deberá hacerse, además, en un periódico de los de mayor circulación de la capital de la República. La redacción defectuosa de la norma podría dar lugar a pensar que cuando el fondo tenga un valor

superior a diez mil bolívares (Bs. 10.0000,00), la publicidad en la capital de la República sustituye a la publicidad local, lo cual parece más que suficiente. Sin embargo, la doctrina venezolana es unánime en considerar que la publicidad de la capital se *agrega* a la publicidad del lugar de ubicación del fondo (Goldschmidt, Borjas, Ramírez, Mármol);

3. Las publicaciones deben hacerse de diez en diez días, antes de la entrega del fondo (no importa que ya se haya otorgado el documento de la enajenación o que el mismo haya sido inscrito en el Registro Mercantil). Deben dejarse transcurrir los diez días, después de la última publicación, ya que de lo contrario el último aviso seria superfluo (Goldschmidt; contra: Ramírez);

4. La publicidad puede hacerla el enajenante o al adquirente. En todo caso, los gastos corren por cuenta del comprador (artículo 1.491 Código Civil);

5. La publicidad no puede ser sustituida por otro sistema (circulares a los acreedores, etc.);

6. El Código no prescribe formas para efectuar la publicidad. El uso ha consagrado la redacción de textos que indican si se trata del primero, segundo o tercer aviso, una breve descripción del fondo, indicación del enajenante y del adquirente, etc.

IV. Derechos de los acreedores

La publicidad tiene por finalidad informar a los acreedores del enajenante, a fin de que concurran a solicitar la cancelación de sus créditos o la constitución de garantías para el pago de los mismos. La reclamación debe formularse durante el lapso de las publicaciones y este derecho corresponde a todos los acreedores, aun a los de plazo no vencido.

Goldschmidt afirma que la enajenación no hace exigibles los créditos aún no vencidos y que sus titulares sólo pueden pedir la constitución de garantía para el pago. Tal afirmación no es admisible

frente al texto del artículo 151, el cual no permite la interpretación que Goldschmidt propone. En efecto, la expresada disposición legal ofrece una alternativa a *todos los* acreedores: exigir el pago o conformarse con la constitución de una garantía, sin distinguir entre unos acreedores y otros. El derecho de exigir la cancelación del crédito o la constitución de una garantía para su pago debe entenderse del modo siguiente:

1. los acreedores quirografarios pueden conformarse con la constitución de una garantía, si no desean el pago inmediato;
2. los acreedores que dispongan de garantía real (hipoteca o prenda) pueden exigir la ejecución, si no son pagados;
3. los que tengan a su favor garantía personal (fianza), pueden pedir el pago al fiador;
4. y por último, los que dispongan de un privilegio, pueden ejercitarlo.

Ramírez piensa de otro modo:

> "Parece que el artículo 151 del Código de Comercio venezolano lo que ha querido es que los acreedores del enajenante que tienen créditos ciertos, líquidos y exigibles pueden requerir el pago de sus créditos y aquellos que tienen crédito a término pueden requerir solamente una garantía para el pago. Así los acreedores del enajenante no gozarán de la caducidad del término en caso de enajenación del fondo".

Se ha discutido si el derecho a reclamar corresponde a todos los acreedores (civiles y mercantiles) o sólo a un grupo de ellos (los mercantiles). Acertadamente se ha respondido que el fondo de comercio no es concebido por nuestro ordenamiento jurídico como un patrimonio separado, por lo cual el derecho a ejecutar la prenda común pertenece a todos los acreedores por igual. El no constituir el fondo de comercio una garantía de los acreedores comerciales es, precisamente, una de las debilidades que la doctrina francesa ha criticado a la formulación legislativa.

La reclamación debe formularse al enajenante, único deudor para el momento del período de reclamación (Goldschmidt). La ley no ha establecido forma especial, pero el acreedor se cuidará

destinadas a la explotación, producción o servicio propio y peculiar del establecimiento.

Tercera: Por primera vez, se intenta la construcción de un estatuto de la "propiedad comercial" (artículo 27, primer aparte). En efecto, se contempla que para el caso de ejecución de la hipoteca del establecimiento mercantil:

1. el adjudicatario en remate se subrogará en el derecho de arrendamiento del ejecutado; y
2. si el titular del establecimiento es propietario del local en que el mismo esté instalado, el adjudicatario adquirirá de pleno derecho la condición de arrendatario;

Cuarta: Otras notas dignas de mencionar son las siguientes:

1. la consideración de los elementos constitutivos del fondo se deja –prácticamente– a la voluntad de las partes, como puede colegirse de las observaciones anteriores;
2. la hipoteca sobre el fondo de comercio se registra (se inscribe) en la Oficina Subalterna de Registro de la circunscripción territorial en que aquél se encuentre (artículo 81, regla primera);
3 cuando se decrete cualquier medida preventiva o ejecutiva, por virtud de reclamaciones de terceros sobre los bienes hipotecados:

   a) estas medidas no afectarán la garantía;

   b) se dará por vencida la obligación garantizada;

4 . el juez competente para la ejecución es el del domicilio en donde se haya registrado el documento constitutivo del gravamen.

El estudio de las cuestiones que suscita la constitución, el funcionamiento y la extinción de la garantía hipotecaria sobre el fondo de comercio en el derecho venezolano puede hacerse recurriendo al libro de Rafael Angel Briceño sobre este tema.

VIII. RESUMEN

1. La naturaleza jurídica del fondo de comercio es asunto cuyo debate debe tomar en cuenta la imperfección deliberada de su construcción legislativa originaria, en Francia, por medio de la Ley Cordelet.

2. Nuestra doctrina asigna al fondo de comercio categoría de bien mueble y de universalidad de hecho (Goldschmidt, Briceño). Casanova concibe la "azienda", equivalente italiano del fondo de comercio o uno de los perfiles fundamentales de la empresa, como una unión de bienes y servicios.

3. La concepción del fondo de comercio como unidad funcional permite tratarlo como tal en el momento de la enajenación, de la transmisión *mortis causa y* de la constitución de garantía hipotecaria mobiliaria.

4. El fondo de comercio es, conforme a las tendencias predominantes, el aspecto objetivo del fenómeno empresa, en cuanto conjunto de bienes organizados para lograr el fin que se propone el empresario.

IX. OBJETIVOS

El aprendizaje y la comprensión de la materia cubierta por el Capítulo VII debe permitir al estudiante:

1. *Entender* el problema de la naturaleza jurídica del fondo de comercio;

2. *Explicar* cuales supuestos equivalen a enajenación del fondo de comercio;

3. *Exponer* el régimen de publicidad previsto para la enajenación del fondo de comercio;

4. *Plantear y resolver* las cuestiones de responsabilidad involucradas en la enajenación del fondo de comercio;

5. *Enumerar* los elementos incluidos necesariamente en la hipoteca mobiliaria del fondo de comercio y aquellos cuya inclusión es facultativa.

BIBLIOGRAFÍA

BAUCHE CASADIEGO, Mario: "La empresa", segunda edición, Porrúa, México 1983.

BRICEÑO, Rafael Angel: "De la hipoteca de establecimientos comerciales e industriales", Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1982.

BROSETA PONT, Manuel: "Manual de Derecho Mercantil", Editorial Tecnos, Madrid 1972.

CASANOVA, Mario: "Estudios sobre la teoría de la hacienda mercantil", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid s/f.

DEKEUWER-DEFOSSEZ, Françoise: "Droit Commercial", quinta edición; Montchrestien, París 1997.

FERNÁNDEZ, Raymundo L.; GOMEZ LEO, Osvaldo R.: "Tratado teórico-práctico de derecho comercial", Tomo I; Depalma, Buenos Aires 1984.

FERRARA, Francisco: "Teoría jurídica de la hacienda mercantil", Editorial Revista Derecho Privado, Madrid 1950.

FERRI, Giuseppe: "Manuale di diritto commerciale", décima edición al cuidado de Angelici y Ferri; UTET, Turín 1996.

GOLDSCHMIDT, Roberto: "Curso de Derecho Mercantil", Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964.

GUYON, Ives: "Droit des affaires", novena edición, tomo 1; Económica, París 1996

JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco: "Appunti di diritto commerciale", cuarta edición; Giuffrè, Milán 1997.

JAUFFRET, Alfred: "Droit commercial", por Jacques Mestre, vigésimo tercera edición, LGDJ, París 1997.

KUMMEROW, Gert: "Compendio de bienes y derechos reales", Tercera Edición, Ediciones Magón, Caracas 1980.

MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón E.: "Principios de derecho comercial", séptima edición; Editorial Temis, Santafé de Bogotá 1997.

MÁRMOL MARQUIS, Hugo: "Fundamentos de Derecho Mercantil", Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1978; e "Ideas para una concepción moderna de la empresa, la hacienda y el empresario mercantil", Revista Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, *Nº 25,* año lectivo 1977-1978.

MEDINA VERGARA, Jairo, RAVASSA MORENO, Gerardo José: "Derecho comercial general", primera edición; Universidad Santo Tomás, Bogotá 1994.

NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio: "Introducción al derecho mercantil", VII edición; Ediciones Doctrina y Ley, Santafé de Bogotá 1995.

PINZÓN, Gabino:

a) "Introducción al Derecho Comercial"; Editorial Temis S.A., Bogotá 1985;

b) "La preservación del Código de Comercio en la legislación de Colombia"; II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1988.

RAMÍREZ, Raúl y GOLDSCHMIDT, Roberto: "De la enajenación del fondo de comercio en el derecho venezolano"; "La noción jurídica del fondo de comercio", y "Comentario del artículo 151 *y 152* del Código de Comercio", Ediciones Fabretón, Caracas 1973.

REINHARD, Ives: "Droit commercial", cuarta edición; Litec, París 1996.

RIPERT, Georges: "Traité de droit commercial", por René Roblot, décimo cuarta edición, Tomo 1; LGDJ, París 1991.

REQUIAO, Rubens: "Curso de direito comercial", volumen primero; Saraiva, Sao Paulo 1986.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando:

a. "Instituciones de Derecho Mercantil", Tomo I, décimonovena edición; Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1996;

b. Idem, vigésima edición; Mc.Graw-Hill, Madrid 1997.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo: «Derecho comercial", Tomo I, cuarta edición; Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1997.

c) creando una nueva disciplina, en la cual las instituciones comprendidas en la propiedad intelectual y en la propiedad industrial se analizarían en el contexto del fenómeno de la competencia económica.

La primera forma de tratar científicamente la materia es la más tradicional. Es una postura cómoda y práctica, propia de la generalidad de los textos de Derecho Mercantil, un "simple criterio expositivo de especialista" que ha merecido el siguiente comentario:

> *"La especialización está obligando hoy al investigador, en todas las ciencias, a operar sobre la base de un criterio que no es científico, sino práctico: el de la cantidad de conocimientos. La división del trabajo es ya una exigencia metodológica. Este fenómeno se manifiesta abiertamente en el sector de los derechos intelectuales, en que la doctrina se hace muchas veces monográfica. No sólo se dedican estudios separados a la propiedad intelectual y a la propiedad industrial, sino que es frecuente, dentro de cada uno de estos campos, seleccionar como objeto de un tratado propio una institución aislada; existiendo así tratados sobre el derecho de autor de obras literarias y de obras musicales, o cinematográficas; o sobre patentes de invención, sobre marcas o sobre competencia desleal. La especialización doctrinal no hace otra cosa que seguir el camino marcado por el legislador, que en muchos países ha fragmentado la disciplina de estos derechos en tantas leyes como instituciones" (Baylos Corroza).*

II. LOS DERECHOS INTELECTUALES

Bajo la expresión de *derechos intelectuales* se agrupan tanto los derechos que se atribuyen a los autores de creaciones espirituales (obras de arte, literatura, invenciones) como los derechos que pertenecen a los empresarios que utilizan signos específicos para identificar su nombre, su empresa o sus productos (nombres comerciales y marcas). Las patentes, los signos distintivos y las creaciones protegidas por el derecho de autor constituyen bienes inmateriales con una importancia cada vez mayor.

El ordenamiento jurídico ha establecido un régimen de protección para cierto tipo de ideas y concepciones que se ubican en el mundo del arte, de la técnica, de la industria y del comercio.

c) creando una nueva disciplina, en la cual las instituciones comprendidas en la propiedad intelectual y en la propiedad industrial se analizarían en el contexto del fenómeno de la competencia económica.

La primera forma de tratar científicamente la materia es la más tradicional. Es una postura cómoda y práctica, propia de la generalidad de los textos de Derecho Mercantil, un "simple criterio expositivo de especialista" que ha merecido el siguiente comentario:

> *"La especialización está obligando hoy al investigador, en todas las ciencias, a operar sobre la base de un criterio que no es científico, sino práctico: el de la cantidad de conocimientos. La división del trabajo es ya una exigencia metodológica. Este fenómeno se manifiesta abiertamente en el sector de los derechos intelectuales, en que la doctrina se hace muchas veces monográfica. No sólo se dedican estudios separados a la propiedad intelectual y a la propiedad industrial, sino que es frecuente, dentro de cada uno de estos campos, seleccionar como objeto de un tratado propio una institución aislada; existiendo así tratados sobre el derecho de autor de obras literarias y de obras musicales, o cinematográficas; o sobre patentes de invención, sobre marcas o sobre competencia desleal. La especialización doctrinal no hace otra cosa que seguir el camino marcado por el legislador, que en muchos países ha fragmentado la disciplina de estos derechos en tantas leyes como instituciones" (Baylos Corroza).*

II. LOS DERECHOS INTELECTUALES

Bajo la expresión de *derechos intelectuales* se agrupan tanto los derechos que se atribuyen a los autores de creaciones espirituales (obras de arte, literatura, invenciones) como los derechos que pertenecen a los empresarios que utilizan signos específicos para identificar su nombre, su empresa o sus productos (nombres comerciales y marcas). Las patentes, los signos distintivos y las creaciones protegidas por el derecho de autor constituyen bienes inmateriales con una importancia cada vez mayor.

El ordenamiento jurídico ha establecido un régimen de protección para cierto tipo de ideas y concepciones que se ubican en el mundo del arte, de la técnica, de la industria y del comercio.

Ese régimen está concebido como un derecho de exclusividad para el beneficiario, esto es, como un *ius prohibendi erga omnes*. Derechos absolutos o de exclusión los ha llamado el Tribunal Supremo de España. La doctrina ubica las modalidades de los derechos intelectuales en la categoría genérica de *bienes inmateriales*.

La razón básica del régimen de protección difiere cuando se considera cada derecho intelectual en forma individual, pero el sistema descansa, en general, en una conciliación de intereses contrapuestos:

1. en la propiedad intelectual, la ley protege al autor mediante el reconocimiento de su propiedad sobre la obra y sobre el producto económico que ésta genera, al mismo tiempo que estimula la difusión de los valores culturales;
2. en las creaciones técnicas, al reconocer un derecho de explotación exclusiva al inventor, obliga a éste a hacer público su invento. Esta publicidad estimula nuevas invenciones y promueve el progreso científico;
3. en el reconocimiento de los signos distintivos de productos y empresas, está presente el interés privado del empresario que desea individualizar su nombre o su actividad y el interés público de la clientela, la cual sólo puede ejercer su derecho a escoger libremente en el mercado si éste se encuentra libre de confusión. Los consumidores y usuarios estarían incapacitados para elegir racionalmente entre las múltiples alternativas de uso o consumo de bienes y servicios si éstos no estuvieran debidamente identificados.

El objeto específico de la protección legal es: para las marcas, evitar la confusión; para las patentes, evitar la fabricación por parte de terceros; para los derechos de autor, evitar la copia no autorizada. La protección de los bienes inmateriales y la regulación de los negocios jurídicos que tienen por objeto esos bienes incluye no sólo los derechos de propiedad industrial (signos distintivos y patentes) sino también las creaciones protegidas por el derecho de autor. La doctrina observa que la distinción tradicional entre propiedad industrial y derecho de autor tiende a difuminarse: a. hay obras

nuevas protegidas por el derecho de autor, cuyo carácter tecnológico y utilitario es innegable (programas de ordenador, bases de datos); b. hay obras en las cuales se superponen la protección del derecho industrial y del derecho de autor (modelos y dibujos industriales, marcas gráficas y diseños); c. la expansión de los llamados derechos conexos al derecho de autor protegen en muchos casos simples inversiones empresariales (derechos de los productores de fonogramas y obras audiovisuales y derechos de empresas de radiodifusión y televisión); d. los productos que se reproducen y comercializan al amparo del derecho de autor tienen una extraordinaria importancia económica y generan la creación y desarrollo de industrias enteras; e. la importancia comercial cada vez mayor de bienes relacionados con derechos de la personalidad (imagen, nombre); f. el tráfico de las noticias y de la información en general y la explotación, por medios audiovisuales, de acontecimientos y espectáculos deportivos, culturales, etc.

III. Fuentes legislativas

La regulación legal de los signos distintivos y de las patentes de invención se encuentra distribuida entre el Código de Comercio, la Ley de Propiedad Industrial, los instrumentos de derecho derivado emanados de los órganos de la Comunidad Andina de Naciones a la que pertenece Venezuela y las convenciones internacionales. El texto central de esta legislación está constituida por la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, en vigencia desde el 1° de diciembre de 2000, "Régimen Común sobre Propiedad Industrial", que derogó la Decisión 344. Este texto prevalece sobre la legislación interna, a tenor del artículo 153 de la Constitución. La legislación interna sólo se aplica a los asuntos sobre Propiedad Industrial no comprendidos en la Decisión (art. 276 Decisión 486).

La actividad legislativa de carácter nacional, supranacional e internacional, ha sido intensa en los últimos años en las distintas áreas correspondientes a los derechos intelectuales:

1. en España se dictó una Ley de Marcas, la Ley 17/2001 de 7 de diciembre de 2001, para entrar a regir desde el 31 de julio de 2002. En la Exposición de Motivos se explica que la nueva ley obedece a tres órdenes de motivos: dar cumplimiento a una sentencia del Tribunal Constitucional que delimita las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, incorporar las disposiciones de carácter comunitario e internacional a que está obligado o se ha comprometido el Estado y adaptar la ley a las exigencias de la nueva Sociedad de la Información.. Separadamente se regulan en España las patentes, por la Ley 11/1986 de 20 de marzo y Reglamento de 10 de octubre de 1986, modificado por Real Decreto de 2 de febrero de 1996;
2. en Francia, la Ley 92/597 del 1º de julio de 1992 codificó los textos de las leyes sobre la propiedad intelectual "sin aportar modificaciones fundamentales a los textos en vigor". Estos textos eran la Ley del 4 de enero de 1991 sobre marcas, incorporación de la Primera Directiva CEE; y la Ley sobre patentes del 13 de julio de 1970 (Ley 78/742, derogatoria de la Ley 68-1 del 2 de enero de 1968), principalmente;
3. en Alemania las patentes están reguladas por la Patentgesetz (PatG), y por la ley de muestras (GebrMG), la competencia desleal por la UWG, las limitaciones a la competencia por la GWG, las marcas por la Warenzeichengesetz (WZG) y el nombre comercial por el Código de Comercio (HGB) y por el Código Civil (BGB); d) en Italia se llevó a cabo la aproximación de la legislación interna de marcas a la Directiva CEE 89/104, mediante el Decreto Ley 480 de 4 de diciembre de 1992, ulteriormente modificado por el Decreto Ley 198 de 19 de marzo de 1996 que adecuó la legislación italiana al acuerdo internacional llamado TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* del 15 de abril de 1994); las patentes de invención, objeto de una ley especial de 1939, reformada varias veces y modificada sustancialmente en 1979 para adaptar la legislación a las convenciones internacionales, están hoy confiadas al Decreto legislativo 198 de 19 de marzo de 1996, para adaptarse al acuerdo TRIPS.

La normativa internacional incluye la Convención de París para la protección de la propiedad industrial del 20 de marzo de 1883, revisada varias veces, la última en Estocolmo el 14 de julio de 1967, por medio de la cual fue creada la *Unión General para la Protección de la Propiedad Industrial*; el arreglo de Madrid para el Registro Internacional de Marcas del 14 de marzo de 1891, igualmente revisado en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y el Acuerdo conocido como ADPIC (TRIPS en las siglas inglesas) sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de 15 de abril de 1994, firmado en Marrakech en el contexto de la Ronda Uruguay del GATT (Organización Mundial del Comercio). También se deben mencionar el Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid de 27 de junio de 1989 relativo al Registro Internacional de Marcas; el Acuerdo de Madrid de 14 de abril de 1891 sobre la represión de las indicaciones de falsa proveniencia, revisado en Lisboa el 30 de octubre de 1958; el Acta de Estocolmo del 14 de julio de 1967, adicional del Protocolo de Madrid sobre la represión de las falsas indicaciones de proveniencia, con última revisión en Lisboa el 31 de octubre de 1968; el Acuerdo de Niza sobre al clasificación internacional de productos y servicios para los fines de registro de marcas del 15 de junio de 1957, con última modificación en Ginebra el 13 de mayo de 1977; y el Acuerdo de Lisboa sobre la protección de las denominaciones de origen y su registro internacional del 28 de abril de 1977. Debe ser tenido en cuenta el Tratado de Cooperación en materia de patentes (PCT o *Patent Cooperation Treaty*, Washington 1970) que permite tramitar patentes, por medio de una única solicitud, en los distintos Estados miembros del Tratado. Venezuela no es parte signataria.

Existe un organismo internacional, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI en español y francés, WIPO en inglés), con sede en Ginebra, establecido por una convención firmada en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y que entró en vigor en 1970. La OMPI tiene por objeto:

1. fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo mediante la cooperación de los Estados,

citado por Solá Cañizares), por lo cual es recomendable una cierta prudencia en la comparación de los sistemas legislativos.

La firma, llamada también por el Código de Comercio *razón de comercio, firma mercantil o razón mercantil,* es el medio por el cual el comerciante se identifica a sí mismo: cuando se trata del comerciante individual, la ley habla simplemente de firma, razón de comercio o razón mercantil; cuando se trata de un comerciante colectivo, la ley habla de *razón social.* La firma es, pues, el nombre que el comerciante usa en su tráfico.

En nuestro ordenamiento jurídico no se puede distinguir entre la firma con finalidad de identificación y el nombre-firma utilizado para asumir obligaciones por escrito, sistema todavía empleado por el derecho francés, aunque en Venezuela ha existido el nombre-firma como uso de comercio. Consiste en firmar los documentos no con la propia firma, sino escribiendo el nombre que corresponde al nombre comercial. Ejemplo: cada uno de los socios de "Rivas Hermanos y Cía.", sociedad en nombre colectivo, en lugar de firmar Juan Rivas, Carlos Rivas, José Rivas o Cipriano Rivas, firmaría "Rivas Hermanos y Cia.", con su propia letra. Esta costumbre prácticamente ha desaparecido.

El sistema venezolano sobre el nombre comercial sigue los siguientes criterios:

1. La firma individual, correspondiente al comerciante individual, se sujeta al principio de la veracidad del nombre: el comerciante que no tiene asociado o que no tiene sino un participante, no puede usar otra firma o razón de comercio que su apellido, con o sin el nombre (articulo 26 del Código de Comercio). La firma individual puede ser acompañada de alguna mención accesoria, la cual puede estar vinculada a la persona o al negocio. Las adiciones no deben hacer creer que se está frente a una sociedad;

2 . La firma o razón social de las sociedades de personas se sujeta al mismo principio de la veracidad del nombre, pero no en forma absoluta. En efecto:

a) la sociedad en nombre colectivo puede usar el nombre de *todos* los asociados. En su defecto, puede usar el nombre de *alguno* o de *algunos,* precisando que se trata de una sociedad (artículo 27, encabezamiento);
b) la sociedad en comandita puede usar el nombre *de todos* los socios solidarios o, en caso contrario, el nombre de *alguno* o de *algunos,* con una mención que revele la existencia de una sociedad;
c) cuando en alguno de los supuestos anteriores de sociedad en nombre colectivo o en comandita, la sociedad pertenezca a un causahabiente (a titulo particular o universal), éste puede usar la firma de su causante, indicando que es sucesor (moderación del principio de la veracidad del nombre, artículo 29).

Se discute, en este último caso, si el causahabiente puede omitir la indicación de su nombre y limitarse a agregar la mención "sucesor" al nombre original. La costumbre venezolana se manifiesta en sentido afirmativo, aspecto en el cual nuestros usos coinciden con la solución de la jurisprudencia italiana. Sin embargo, en el sistema alemán, en el cual se inspira el venezolano, la firma derivada debe, además, indicar el verdadero nombre del actual titular;

3. La firma o razón social de las sociedades de capitales (sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada), es llamada *denominación social* por el Código de Comercio y se adapta al principio de la libertad del nombre. En efecto, el nombre comercial de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada se puede formar con cualquier nombre de persona o de fantasía y puede referirse o no al objeto social (articulo 202 del Código de Comercio). Necesariamente, deberá agregarse la mención de "Compañía Anónima" o "Compañía de Responsabilidad Limitada", con todas sus letras o en forma abreviada (artículo 202 del Código de Comercio). La costumbre ha consagrado el uso de la expresión "Sociedad Anónima" y el de la abreviatura "S.A.", en razón del uso indiferenciado de los términos

"compañía" y "sociedad" por el Código de Comercio. Igual ocurre con la "Sociedad de Responsabilidad Limitada" y su abreviatura "S.R.L.". El uso de ciertos nombres está limitado a empresas que el nombre sugiere: Bolsa, Banco, Seguros, Cooperativa, Entidad de Ahorro y Préstamo, Casa de Bolsa, Casa de Cambio. La limitación se encuentra en las leyes especiales correspondientes.

Existe una tendencia doctrinal proclive a la eliminación de la protección del nombre comercial como un signo distintivo autónomo, diferenciado de la marca. Sin embargo, el Convenio de la Unión de París lo protege y la Decisión 486, de los artículos 190 a 199, lo regula como cualquier signo que identifique a una actividad económica, a una empresa o a un establecimiento mercantil, declarando que los nombres comerciales son independientes de las denominaciones o razones sociales de las personas jurídicas, pudiendo ambas coexistir. Una empresa puede tener mas de un nombre comercial registrado, pudiendo alguno de ellos coincidir con su propia denominación social. El derecho exclusivo se adquiere con su primer uso en el comercio y puede ser registrado y depositado ante la oficina nacional competente, con una duración de diez años, renovable por períodos iguales. La transferencia del nombre comercial sólo es posible si se hace junto con la empresa o establecimiento con el cual se ha estado usando.

VI. EL RÓTULO

El rótulo del establecimiento es el más antiguo de los signos distintivos. Es el signo distintivo del local *(signum tabernae)*. Dice al respecto Ascarelli:

> "El rótulo podrá ser emblemático (como los escudos, faroles y similares contraseñas de posadas) o nominativo y a estos efectos podrá utilizarse como rótulo incluso el nombre comercial o la denominación o un elemento de ésta, mientras que, por otra parte, la tutela del nombre comercial o de la denominación impide también el uso ajeno de estos signos como rótulo: también podrá el rótulo estar constituido, como

> Bajo la denominación de marca comercial se comprende todo signo, figura, dibujo, palabra o combinación de palabras, leyenda y cualquiera otra señal que revista novedad, usados por una persona natural o jurídica para distinguir los artículos que produce, aquellos con los cuales comercia o su propia empresa.
> La marca que tiene por objeto distinguir una empresa, negocio, explotación o establecimiento mercantil, industrial, agrícola o minero, se llama denominación comercial.
>
> Lema comercial es la marca que consiste en una palabra, frase o leyenda utilizada por un industrial, comerciante o agricultor, como complemento de una marca o denominación comercial.

El articulo 27 de la Ley de Propiedad Industrial fue justificadamente criticado: 1. porque usa la expresión marca comercial en un sentido inexacto. En efecto, las marcas son el signo distintivo de los productos que se fabrican (marcas de fábrica), de los productos que se venden (marcas comerciales) o de los servicios que se prestan (marcas de servicio). Las marcas de fábrica, las marcas de comercio y las marcas de servicio son especies del mismo género: las marcas; 2. porque realiza una confusión entre marca y rótulo (nombre del establecimiento), al afirmar que una marca puede distinguir a una empresa y llamarse en tal caso denominación comercial; 3. porque omite incluir la "marca de servicio" en la enumeración utilizada.

A pesar de las críticas, la norma legal cumplió decorosamente el papel descriptivo de la institución que le corresponde regular. No tenía la deseable generalidad de las normas equivalentes de leyes mas recientes, como la nueva ley española, cuyo artículo 4.1 identifica la marca como *todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras*; o como el artículo 134 de la Decisión 486, que manifiesta que marca es *cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado;* pero las reglas de interpretación bastaron para colmar las insuficiencias.

La marca no identifica un producto o un servicio, individualmente considerado, sino a una serie o a los diferentes

> Bajo la denominación de marca comercial se comprende todo signo, figura, dibujo, palabra o combinación de palabras, leyenda y cualquiera otra señal que revista novedad, usados por una persona natural o jurídica para distinguir los artículos que produce, aquellos con los cuales comercia o su propia empresa.
> La marca que tiene por objeto distinguir una empresa, negocio, explotación o establecimiento mercantil, industrial, agrícola o minero, se llama denominación comercial.
>
> Lema comercial es la marca que consiste en una palabra, frase o leyenda utilizada por un industrial, comerciante o agricultor, como complemento de una marca o denominación comercial.

El articulo 27 de la Ley de Propiedad Industrial fue justificadamente criticado: 1. porque usa la expresión marca comercial en un sentido inexacto. En efecto, las marcas son el signo distintivo de los productos que se fabrican (marcas de fábrica), de los productos que se venden (marcas comerciales) o de los servicios que se prestan (marcas de servicio). Las marcas de fábrica, las marcas de comercio y las marcas de servicio son especies del mismo género: las marcas; 2. porque realiza una confusión entre marca y rótulo (nombre del establecimiento), al afirmar que una marca puede distinguir a una empresa y llamarse en tal caso denominación comercial; 3. porque omite incluir la "marca de servicio" en la enumeración utilizada.

A pesar de las críticas, la norma legal cumplió decorosamente el papel descriptivo de la institución que le corresponde regular. No tenía la deseable generalidad de las normas equivalentes de leyes mas recientes, como la nueva ley española, cuyo artículo 4.1 identifica la marca como *todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras*; o como el artículo 134 de la Decisión 486, que manifiesta que marca es *cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado;* pero las reglas de interpretación bastaron para colmar las insuficiencias.

La marca no identifica un producto o un servicio, individualmente considerado, sino a una serie o a los diferentes

ejemplares de una serie. Como precisa la doctrina, lleva a cabo una identificación numeral.

VII.1. Función de la marca

La función distintiva es considerada la más importante, pero no la única. En efecto, el signo distintivo actúa como un instrumento de enlace entre el público y el producto y permite el desarrollo de dos actividades de distinto signo: la publicidad y las garantías de calidad. En correspondencia con la concepción que ha sido enunciada, el artículo 27 de la Ley de Propiedad Industrial expresa que "la marca... comprende... signos para *distinguir* los artículos"; y el artículo 29 *ejusdem* agrega que "cualquier marca podrá destinarse a *distinguir más* de un "grupo... de productos... ". La marca, por la función distintiva que ejerce, facilita la relación con la clientela, convirtiéndose en un elemento de enorme valor patrimonial. Por ello se ha hecho notar que las marcas cumplen una función importante en el proceso de competencia, pues a través de las mismas se concreta el juicio favorable o adverso de los consumidores.

El efecto del registro de una marca es asegurar una exclusividad de uso en beneficio de su titular. Una marca no registrada puede legítimamente ser usada si no está en conflicto con otra, registrada o no, esto es, si no constituye un acto de competencia desleal (arts. 258 y 259 Decisión 486).

VII.2. Clasificación de las marcas

Las marcas pueden ser clasificadas en función de distintos criterios:

A. por *el objeto* al cual se aplican: marcas de fábrica, marcas de comercio y marcas de servicio;

B. por el *sujeto titular* de las mismas: marcas individuales y marcas colectivas. Las individuales pertenecen a una persona, física o jurídica; las colectivas pertenecen a un grupo o comunidad. La legislación venezolana no contempla las marcas colectivas. Están previstas, en cambio, en el Convenio de París y en laDecisión 85;

puede ser considerado como tal al momento de dictarse la ley, sino con posterioridad; b. la limitación de la expresión "signo" a un objeto perceptible visualmente; c. la ampliación de los "signos" más allá del ámbito visual, para incluir las marcas sonoras, por lo cual se utiliza la expresión "medio material"; d. la utilización de una enumeración ejemplificativa o de una enumeración limitativa.

La ley venezolana pertenece al primer grupo: utiliza una definición amplia de marca, incluyendo en la misma "cualquier signo" que revista novedad. La definición contenida en el artículo 27 incluye la marca denominativa, la marca gráfica y la mixta. No excluye expresamente la marca sonora y la olfativa. En la doctrina española se considera que éstas "carecen de aptitud para una repetibilidad que permita, sin problemas de identificación distintiva, su multiplicación en ejemplares invariables, reconocibles como idénticos al prototipo constituido por la combinación que se reproduce; lo que es una exigencia esencial de la marca, como lo es de cualquier otro signo mercantil". Para evitar la extensión de las marcas a los sonidos y a las sensaciones olfativas o gustativas, el artículo 2º de la Primera Directiva europea manifiesta que pueden ser marcas todos los nuevos signos susceptibles de ser representados gráficamente. Es la tendencia expresada en el artículo 81 de la derogada Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, pero la Decisión 486, en un giro de ciento ochenta grados, consagró los sonidos y los olores como signos distintivos susceptibles de ser registrados como marcas (letra c, art. 134).

Tal como se puede apreciar de la lectura de los artículos 27, 33 y 34 de la Ley de Propiedad Industrial: a. *los números* y las *letras* del alfabeto pueden ser registrados como marcas; b. *los colores* no pueden ser usados como marcas; c. la *forma* de los artículos o productos tampoco puede registrarse como marca, pero el *envase* es susceptible de protección como modelo industrial (segundo aparte, artículo 22 de la Ley de Propiedad Industrial); d. *el nombre civil* de una persona puede también ser protegido como marca, si se presenta en una forma peculiar y distinta, suficiente para diferenciarlo del mismo nombre cuando lo usen otras personas, y aun en este caso, si se trata del nombre de un tercero, si se presenta con el consentimiento de

éste. De acuerdo a la letra e del artículo 134 de la Decisión 486 un color delimitado por una forma o una combinación de colores son signos registrables, así como lo son también la forma de los productos, sus envases o envolturas (letra f, art. 134).

En Francia, para la defensa del idioma, el artículo 14 de la Ley de 4 de agosto de 1994 prohíbe a las personas morales de derecho público, o a las personas morales de derecho privado encargadas de una misión de servicio público, el empleo de una marca de fábrica, de comercio o de servicio constitutiva de una expresión o de una palabra extranjera. Esta prohibición no se aplica si no hay palabra francesa equivalente.

Para poder ser registrado como marca, el signo debe cumplir dos condiciones indispensables: ser novedoso y ser distinto a los otros signos registrados como marca. Lo que la ley prohíbe, sin embargo, no es registrar una marca que ya lo haya sido por otro, sino registrar una marca para productos idénticos o similares, es decir, confundibles; pero puede existir una misma marca registrada a nombre de titulares distintos si los productos no permiten asociación entre ellos, es decir, no constituyen una familia de productos.

Para ser distinto de los ya registrados, el signo no debe parecerse gráfica y fonéticamente a éstos, ni puede prestarse a confusión con otra marca ya registrada, ni debe inducir a error por indicar una falsa procedencia o cualidad.

En conformidad con estas exigencias, la jurisprudencia administrativa venezolana ha rechazado: a. el registro de signos que constituyan indicaciones genéricas de los productos o actividades (la figura de un teléfono para distinguir aparatos e instrumentos telefónicos, la figura de un naipe para distinguir barajas, la figura de una botella para distinguir vinos, etc.: b. el registro de signos que se hayan vulgarizado (chicle, aspirina, thermo, etc.); c. el registro de los adjetivos que hagan alusión a las cualidades de los productos (sabroso, sublime, suave, brillante, etc.); d. el registro de los términos meramente descriptivos del producto o de la actividad (Sangría España, Confecciones Suiza, etc.); e. el registro de marcas notorias, porque pueden inducir a error por indicar una falsa procedencia

dominio proceden a otorgarlos en orden de llegada (first come first served) y la verificación del nombre solicitado se hace únicamente contrastándolo con la lista de los ya otorgados elaborada por ellos mismos.

Hay diversas clases de nombres de dominio: los genéricos de primer nivel, de ámbito internacional y que no hacen referencia a ningún territorio (son los sufijos .com (instituciones comerciales), .edu (instituciones educativas), .gov (instituciones gubernamentales), .mil (instituciones militares), .net (servicios de proveedor de network), .org (organizaciones privadas); y los nacionales de primer nivel o territoriales, que identifican al país concreto al cual han sido asignados (cada país con presencia en la red se identifica con dos letras: Venezuela es .ve en Internet, con punto al comienzo, no al final). La Unión Europea creó recientemente el sufijo .eu para uso de los países miembros.

Los dominios genéricos son adjudicados y regulados por la ICANN (Internet Corporation for Assigned Names ad Numbers), establecida en los Estados Unidos, la cual delega en otras entidades la asignación de nombres de dominio. En Venezuela ejerce estas funciones de adjudicación y regulación el "Centro Nacional de Tecnologías de Información" (CNTI), adscrito al Ministerio de Ciencia y Tecnología, de conformidad con el Decreto Presidencial Nº 737 de 16 de marzo de 2000 (Gaceta Oficial Nº 5.450 Extraordinario de 22 de marzo de 2000). Su dirección en Internet es http:/www.nic.ve y en su página web aparecen las "Normas para el registro de dominios bajo VE". Si bien NIC no resuelve disputas, de acuerdo a la información que se deriva de su página web, puede revocar inscripciones de nombres de dominio cuando se compruebe que la inscripción ha sido realizada en forma abusiva y de mala fe. Esto es especialmente aplicable a los cybersquatters (ciberintrusos, ciberagazapados, o ciberocupantes), sujetos que se dedican a inscribir como nombres de dominio lemas o nombres famosos para luego tratar de vendérselos, precisamente, a quienes los han hecho renombrados.

La doctrina estima que a los conflictos generados por el uso en Internet de nombres empleados por otros titulares y protegidos conforme a las leyes sobre marcas y patentes o sobre propiedad intelectual, son aplicables los mismos remedios contra los fraudes o contra la competencia desleal. La ICANN ha dictado una reglamentación para la solución de conflictos sobre el uso de nombres de dominio, la Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, (Política Uniforme de Resolución de Controversias en materia de nombres de dominio o PURCND), de fecha 24 de octubre de 1999, en respuesta a los conflictos y reclamos que se han generado. La OMPI, por otra parte, añadió a su Centro de Arbitraje y Mediación una sección destinada al arbitraje en materia de controversias sobre nombres de dominio. La PURCND permite a quienes se les violan sus derechos de propiedad intelectual o industrial por un tercero, mediante el registro de un nombre de dominio, denunciar el hecho y obtener una solución del caso en un tiempo breve.

XII. RESUMEN

1. El sistema jurídico ha establecido un régimen de protección para una categoría de derechos llamados intelectuales, entre los cuales se encuentran los signos distintivos.
2. La tutela de los signos distintivos no sólo está dirigida a la apropiada identificación de la persona, del establecimiento y de los productos. Tiene como función proteger al productor contra la competencia desleal y permitir al consumidor una escogencia racional de los productos y servicios ofrecidos en el mercado.
3. El sistema venezolano sobre el nombre comercial sigue el criterio de la veracidad del nombre para los casos de firma individual y de sociedades de personas; y el de libertad del nombre en el caso de las sociedades de capitales.
4. La marca está legalmente definida por el artículo 134 de la Decisión 486 como cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado.

BIBLIOGRAFÍA

ASCARELLI, Tulio: "Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales"; Bosch, Barcelona 1970.

BARBARA CARRAZZONI, Rafael: "La marca en la legislación venezolana"; Editorial La Torre, Caracas s/f.

BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: "Tratado de Derecho Industrial"; Editorial Civitas, Madrid 1978.

BENTATA, Gabriel: "Temas de propiedad industrial y competencia desleal"; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984.

BENTATA, Víctor:

a. "Los temas críticos en propiedad industrial"; Universidad de los Andes, Mérida 2000.

b. "Propiedad Industrial. Jurisprudencia Venezolana con su estudio"; Universidad de los Andes, Mérida 1998.

c. "La propiedad industrial en Venezuela. Estudio de la Decisión 313"; Revista de Derecho Público Nº 50, abril-junio 1992, Caracas.

d. "La sentencia Giorgio Armani y la defensa de los nombres en Venezuela; Revista de la Facultad de Derecho Nº 47, UCAB, Caracas 1993.

BERCOVITZ, Alberto: "Observaciones preliminares a la Ley de Marcas de 1988", en "Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena"; Civitas, Madrid 1991.

BERTRAND, André: "La proprieté intellectuelle. Marques et Brevets. Dessins et Modèles"; Delmas, París 1995.

BORJAS, Leopoldo: "Instituciones de Derecho Mercantil. Los Comerciantes"; Ediciones Schnell C.A., Caracas 1973.

BREUER MORENO, P. E.: "Tratado de Marcas de Fábrica y Comercio"; Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires 1937.

FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: "El sistema comunitario de marcas"; Editorial Montecorvo, Madrid 1995.

GAMA CERQUEIRA, Joao Da: "Tratado de Propiedade Industrial", Volume II, Torno II, Parte III; Revista Forense, Río 1956.

GARRIGUES, Joaquín: "Curso de Derecho Mercantil", Volumen I; Editorial Porrúa S.A., México 1977.

GOLDSCHMIDT, Roberto: "Curso de Derecho Mercantil"; Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964.

GONDRA ROMERO; José María: "Teoría General de Signos de Empresa", en "Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez"; Tomo IV, Civitas, Madrid 1996.

MÁRMOL, Hugo: "Fundamentos de Derecho Mercantil. Parte General"; Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1978.

MASCAREÑAS, C. E.: "La propiedad industrial e intelectual", Tercera parte del Tomo II del "Tratado de Derecho Comercial Comparado" de Solá Cañizares, Felipe de; Montaner y Simón, Barcelona 1962.

MORALES, Carlos: "Comentarios al Código de Comercio venezolano", Tomo Primero; Ediciones Garrido, Caracas 1954.

NAVA NEGRETE, Justo: "Derecho de las marcas"; Porrúa, México 1985.

PALACIOS, Leopoldo: "Las marcas comerciales en Venezuela", Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, Caracas 1968.

RONDON DE SANSO, Hildegart:

a) "Patentes y signos distintivos", Vol. XLIII de Estudios jurídicos, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1968.

b) "La decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y el Régimen de Propiedad Industrial"; Editorial Arte, Caracas 1993.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando: "Instituciones de derecho mercantil", Tomo I, vigésima edición; Mc Graw-Hill, Madrid 1997.

SANSO, Benito y RONDON DE SANSO, Hildegart: "Estudios de Derecho Industrial", Vol. XXXV de Estudios jurídicos, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1965.

SENA, Giuseppe: "Il nuovo diritto dei marchi. Marchio nazionale e marchio comunitario"; Giuffrè. Milán 1994.

URIA, Rodrigo: "Derecho mercantil", vigésimo cuarta edición; Marcial Pons, Madrid 1997.

UZCÁTEGUI URDANETA, Mariano; y MICHELENA, Santos: "Acción del poseedor precario de una marca comercial", Revista de Derecho Privado, año 2 Nº 4, octubre-diciembre 1985, Caracas.

VANZETTI, Adriano: "La nuova legge marchi"; Giuffrè, Milán 1993.

VANZETTI, Adriano; Di CATALDO, Vincenzo: "Manuale di diritto industriale", segunda edición; Giuffrè, Milán 1996.

e) el cierre temporal del establecimiento del demandado o denunciado cuando fuese necesario para evitar la continuación o repetición de la presunta infracción.

5. ***Medidas en frontera.*** El titular de un registro de marca puede solicitar a la autoridad nacional competente la suspensión de una operación aduanera cuando tenga motivos fundados para suponer que se va a realizar una importación o exportación que infrinjan ese registro (art. 250).

XIV. DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

La doctrina ha observado que la reproducción y la difusión de las obras literarias y artísticas, empleando para tal fin los procedimientos técnicos –clásicos o contemporáneos– de multiplicación de ejemplares, así como la representación, la adaptación, la interpretación o la ejecución de las obras de creación, implican un tráfico contractual, un intercambio de bienes y servicios y una acumulación de intereses, tanto espirituales como económicos, de extraordinaria magnitud. La preponderante mayoría de la contratación que gira alrededor de la explotación de los derechos intelectuales reviste carácter mercantil. Algunos de estos contratos son objeto de análisis en el Tomo IV de este Curso. Ahora basten unas elementales y breves referencias al tema.

Las creaciones protegidas por la propiedad intelectual, generalmente clasificadas en creaciones pictóricas, obras escultóricas, obras literarias, obras musicales, creaciones arquitectónicas, filmes cinematográficos y obras coreográficas, de pantomima o de ballet, tienen un significado económico que no puede ser desplazado por la importancia de otras consideraciones, sobre todo cuando se examina la variedad de teorías –dualistas o monistas– sobre la naturaleza jurídica de las instituciones de la propiedad intelectual. Las doctrinas dualistas dividen el conjunto de facultades que corresponden al creador en derechos de contenido moral y de derechos de contenido patrimonial; las doctrinas monistas propugnan una visión unitaria de tales facultades; pero sea cual fuere la posición adoptada, el

cualidad de comerciante. A este sistema se le califica de *real*, por cuanto existe ausencia total de formalidades a cumplir para acceder al carácter profesional de comerciante;

2. el sistema español. Debe distinguirse entre el Código de 1829 y el Código de 1885. Conforme al primero, la cualidad de comerciante se adquiere con el cumplimiento de dos requisitos, uno *real* y otro *formal*. En efecto, el artículo 1° del Código decía: "Se reputan en derecho comerciantes, los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se han inscrito en la matrícula de comerciantes, y tienen por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil, fundando en él su estado político". De acuerdo al segundo, son comerciantes "los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente"; lo cual caracteriza al sistema español actual como un sistema *real*;
3. el sistema alemán, de acuerdo al cual hay dos tipos de comerciantes: los que explotan algunas de las actividades previstas en el artículo 1°, N° II del Código de Comercio y que están obligados a inscribirse en el Registro de Comercio, a menos que sean pequeños comerciantes (Minderkaufleute); y las empresas que tengan por objeto negocios distintos, pero que por su naturaleza y el ámbito de su acción exijan una organización comercial: cuando se inscriban en el Registro Mercantil deben considerarse empresas mercantiles;
4. el sistema suizo (similar al alemán): quienes ejercen una actividad calificada como mercantil por el Código, deben inscribirse en el Registro; y quienes ejercen, bajo firma comercial, otra actividad que por sí sola no obligue al registro, *pueden* solicitar y obtener el registro de su firma y convertirse en comerciantes;
5. el sistema italiano. Al igual que el Código de Comercio francés, el italiano de 1882 establecía en su artículo 8°: "Son comerciantes aquellos que ejercen actos de comercio por *profesional habitual*, y las sociedades comerciales".

Como se puede observar, la definición legal de comerciante se encuentra presente prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos con prescindencia de su orientación (objetiva, subjetiva o mixta).

II.1. La definición legal de comerciante en sentido genérico (Empresario)

El Código de Comercio venezolano utiliza el término "comerciantes" en sentido genérico para referirse a una categoría equivalente a la de empresario. Por tal razón, cuando define al comerciante está en realidad caracterizando al empresario y englobando en la definición no sólo al comerciante en sentido estricto sino a los industriales, banqueros, aseguradores, transportistas, constructores, etc. Las disposiciones legales que se refieren al comerciante, en consecuencia, deben ser entendidas como normas que atañen a los empresarios.

La categoría de los empresarios se amplía cada vez mas, haciendo todavía mas impropio el vocablo de comerciante con sentido genérico, por lo cual en la doctrina y en la práctica está consolidada la referencia al empresario.

Los empresarios no tienen todos el mismo régimen jurídico, pero todos están sometidos a las reglas que con carácter general prescribe el Código de Comercio para los comerciantes.

El artículo 10 del Código de Comercio venezolano estatuye:

> Son comerciantes los que teniendo capacidad para contratar hacen del comercio su profesional habitual, y las sociedades mercantiles.

Mármol Marquís afirma que: "la definición legal resulta exageradamente incorrecta. Le sobra la alusión a la capacidad y a la habitualidad; a cambio de ello, le falta referirse a la actuación en nombre propio y al ánimo de lucro". Pineda León señala que falta en ella el requisito de obrar en nombre propio y que la capacidad de contratar debe cambiarse por capacidad para comerciar. Vegas Rolando anota que las disposiciones legales son deficientes y

que la jurisprudencia se ha inclinado a favorecer a "presuntos comerciantes", apoyándose en la ambigüedad de las disposiciones legales. Goldschmidt considera que la norma legal es muy defectuosa y se hace eco de las criticas formuladas, las cuales clasifica en dos grupos:

Primer grupo: no es correcto decir que el comerciante debe tener capacidad para contratar:

1. del artículo 13 resulta que son comerciantes los menores en cuyo nombre su representante legal ejerce el comercio;
2. del artículo 11 se desprende que es comerciante el menor emancipado autorizado para el ejercicio del comercio, el cual, sin embargo, no tiene capacidad general para contratar;
3. una persona puede tener capacidad general para contratar pero quedar excluida del ejercicio del comercio (caso del fallido no rehabilitado a que se refiere el artículo 941 del Código de Comercio).

Segundo grupo: la definición del artículo 10 no contiene dos elementos considerados esenciales por la doctrina:

1. el obrar en nombre propio; y
2. el realizar las actividades con fines de lucro.

No son comerciantes, recuerda Goldschmidt, los factores que ejercen el comercio en nombre del principal o los administradores de las sociedades mercantiles que realizan actos de comercio en nombre de la sociedad. Por otra parte, no es necesario que cada acto de comercio en particular persiga fines de lucro, sino que la actividad profesional persiga tales fines. Por último, Goldschmidt duda si la palabra *habitual* era necesaria, ya que parece incluida en el requisito de la profesionalidad. En cambio, señala, el ejercicio de los actos de comercio debe ser *la base* de la profesión de la persona que los utiliza. No es suficiente la realización continuada, es necesario que los actos constituyan la *base* de la profesión. La definición correcta, concluye Goldschmidt, es la siguiente: "Son comerciantes quienes

V. LA MUJER CASADA EMPRESARIA

La mujer casada puede ejercer el comercio por sí misma y adquirir la cualidad de comerciante, independientemente del marido. También puede ejercer el comercio junto con su cónyuge, caso en el cual surgen dudas respecto a quien es el comerciante.

V.1. Ejercicio independiente del comercio por parte de la mujer casada

A partir de la reforma mercantil de 1955, la mujer casada puede ejercer el comercio sin autorización del marido y separadamente de éste, habiendo desaparecido en la legislación venezolana una de las disposiciones que impedían la emancipación jurídica de la mujer. El Código de Comercio de ese año, en el artículo 16, equiparó a la mujer casada y al marido desde el punto de vista de la capacidad para adquirir la cualidad de comerciante, en los siguientes términos:

> La mujer casada, mayor de edad, puede ejercer el comercio separadamente del marido y obliga a la responsabilidad de sus actos sus bienes propios y los de la comunidad conyugal cuya administración le corresponde. Podrá igualmente afectar a dicha responsabilidad los demás bienes comunes con el consentimiento expreso del marido.

El ejercicio de la profesión comercial por la mujer casada comporta, de acuerdo a esa disposición, las siguientes consecuencias:

1. los bienes propios de la mujer quedan afectos a la responsabilidad de su actividad mercantil;
2. los bienes de la comunidad conyugal cuya administración le corresponda a la mujer, corren igual suerte;
3. eventualmente, si media el consentimiento expreso del marido, pueden quedar afectos a esa responsabilidad los demás bienes comunes.

La responsabilidad que surge para la mujer casada con ocasión de su intervención profesional en la vida comercial se continúa rigiendo por el artículo 16 del Código de Comercio, el cual no fue

derogado por la reforma del Código Civil de 1982 (Torres-Rivero). Sin embargo, la coordinación entre el artículo 180 del Código Civil y el artículo 107 del Código de Comercio, que consagra la responsabilidad solidaria entre deudores, es dificultosa. En efecto, el artículo 180 del Código Civil establece:

1. *una separación impropia* de patrimonios de una misma persona: cada uno de los cónyuges tiene sus bienes propios y "los bienes que le correspondan en la comunidad";
2. *un orden de ejecución* entre los bienes de los dos patrimonios: de las deudas propias se responde con los bienes propios; *subsidiariamente* con los bienes que se posean en la comunidad (cuando la deuda sea de la comunidad, el orden de ejecución es inverso), lo cual equivale a establecer un orden de ejecución sobre los bienes de una misma persona. Observa sobre este punto Mélich-Orsini: el uso de la expre*sión subsidiaria* "sugiere una especie de beneficio de excusión, en cuanto que el cónyuge que ha actuado dentro de los límites de los poderes de administración de la comunidad que le competen puede imponer al acreedor que ha tratado con él que se satisfaga primero sobre los bienes comunes y que sólo, si éstos no resultaron suficientes, podrá embargar y hacerle rematar sus bienes propios";
3. *una responsabilidad conjunta* o mancomunada entre marido y mujer: cuando uno de los cónyuges deba responder por deudas de la comunidad adquiridas por el otro, pero en las cuales haya consentido, responderá *por mitad* con sus bienes propios.

El primer problema que se plantea es si la condición de *lex posterior* del artículo 180 no hace que éste prive sobre el artículo 107. Este punto debe ser resuelto en forma negativa por la especialidad de la materia (mercantil) que regula este último. El segundo, más delicado, atañe al carácter mismo de la solidaridad en nuestro ordenamiento jurídico. La solidaridad pasiva significa (artículo 1.221 del Código Civil) que el deudor solidario responde de la deuda en su totalidad y en el mismo *grado (pari gradu). No* es

necesario, en consecuencia, que se siga ningún orden en la excusión de los deudores. Hay, sin embargo, ejemplos de responsabilidad solidaria de distinto grado, como el de los socios de la sociedad en nombre colectivo, los cuales responden de modo solidario y subsidiario, es decir, una vez que se haya hecho excusión de los bienes de la sociedad. La doctrina tiende a contraponer ambos conceptos y a darles un sentido excluyente. Messineo dice: "Cuando el deudor deba seguir un determinado orden en la excusión de los codeudores no existe solidaridad pasiva". Sin embargo, el propio autor italiano señala ejemplos que él mismo califica de solidaridad pasiva, en materia de sociedad, de fianza, de cesión y de novación por acumulación de deudores, en los cuales la solidaridad "está atenuada por el beneficio de excusión" (se sobreentiende que legal o convencionalmente establecido, pues la solidaridad pasiva es la regla en el derecho italiano). Se puede seguir hablando de solidaridad porque el deudor es deudor *in solidum* (por el todo), característica *esencial* de la solidaridad. Ahora bien, si en nuestro propio ordenamiento jurídico hay ejemplos de responsabilidades solidarias y subsidiarias, surge el problema de establecer si el artículo 180 del Código Civil no introdujo un beneficio de excusión aplicable también a la responsabilidad solidaria pasiva de marido y mujer en la situación del artículo 16 del Código de Comercio. El asunto debe ser resuelto en forma negativa, pero sobre la base de que las normas aplicables al caso son los artículos 16 y 107 del Código de Comercio, en razón de la especialidad de éstos, no en atención a una incompatibilidad (que no siempre existe o puede ser obviada) entre solidaridad y subsidiariedad.

Las reglas de la actuación de la mujer comerciante, por lo tanto, son las siguientes:

1. Cuando la mujer ejerce la profesión de comerciante sin haber recibido la autorización para comprometer "los demás bienes comunes", obliga con su actuación su propio patrimonio y el de la comunidad cuya administración individual tiene legalmente asignada, debiéndose respetar, sin embargo, el orden de ejecución sobre sus propios bienes

Capítulo XI

LA PUBLICIDAD MERCANTIL

I. INTRODUCCION. II. ANTECEDENTES Y EVOLUCION. III. SISTEMAS DE PUBLICIDAD. IV. FUNCIONES DEL REGISTRO MERCANTIL. V. DOCUMENTOS SUJETOS A ANOTACIÓN. VI CAPACIDAD REGISTRAL DEL FUNCIONARIO. VII. EFECTOS JURIDICOS DE LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL. VIII. ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO MERCANTIL. IX. EL BOLETIN OFICIAL DEL REGISTRO MERCANTIL. X. REGISTRO DE PERSONAS JURIDICAS. XI. LA REFORMA MERCANTIL Y EL REGIMEN DE PUBLICIDAD. XII. RESUMEN. XIII. OBJETIVOS.

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina considera que la publicidad es una actividad dirigida a crear cognoscibilidad (posibilidad de conocimiento) y que la publicidad jurídica tiene como propósito la producción de efectos jurídicos a través de la divulgación de hechos. La publicidad registral es la que produce efectos jurídicos por medio de los mecanismos dispuestos alrededor de un órgano público establecido con esa finalidad.

En materia civil, el régimen de publicidad de las transacciones inmobiliarias y de los derechos reales fue inexistente durante mucho tiempo. El registro en libros oficiales aparece en Alemania en el siglo XII (pasa de los conventos al Tribunal o al Concejo de la ciudad); en España en el siglo XVI; en Francia en el siglo XVIII y en Italia a fines del siglo XIX. Sustituían estos sistemas a las antiguas formas feudales inspiradas en la publicidad de la Antigüedad: la mancipatio, *la* in iure cessio, *la* traditio, *la* Gewere, *la* Auflassung, *el* nantissement, *la* appropiance, *la* robración *y los* anuncios *o* pregones. *La* mancipatio *era una forma solemne de transmisión de la* res mancipi *(los inmuebles, los esclavos, las bestias), que tenía lugar entre* tradens y accipiens *ante cinco testigos, ciudadanos romanos púberes y ante una sexta persona llamada* libripens:

el adquirente pronunciaba una fórmula sacramental declarando que había adquirido la propiedad y golpeaba al mismo tiempo con un pedazo de cobre la balanza sostenida por el libripens; la in iure cessio *se aplicba a todos los bienes y era un proceso judicial fingido en el cual el vendedor convenía en la demanda del comprador. El juez, mediante una sentencia, declaraba que la propiedad era del comprador; la* traditio *era la entrega, primero material y luego simbólica, del bien transmitido; la* Gewere *constaba de dos partes, un acuerdo previo del transmitente y del adquirente y luego una investidura solemne, acto en el cual se efectuaba una toma de posesión de la finca por parte del adquirente y un abandono o desposesión por parte del transmitente; la* Auflassung era una Gewere *cumplida en el tribunal y más tarde asentada en libros registrales; el* nantissement *tiene similitud con la* Gewere *germánica y con la mancipatio romana; la* appropiance *era practicada en Bretaña y mezclaba toma de posesión, registro, publicación, edictos o bandos y declaración judicial; la* robración *era una ratificación o corroboración pública de una transacción privada; los* anuncios o pregones *tenían lugar en las ciudades españolas por tres domingos sucesivos.*

El origen del Registro Mercantil y el de los sistemas de publicidad del derecho civil es *diferente, pero su propósito fundamental es el mismo: lograr frente a terceros la eficacia de los actos inscritos, mediante la creación de una presunción de conocimiento* erga omnes *del acto. Ambos sistemas están sujetos a principios semejantes.*

El origen y la evolución del sistema registral mercantil ha estado inspirado en razones similares a las que han prevalecido en materia civil para los regímenes de publicidad. Concierne a las personas y a los actos que realizan. Con respecto a las primeras, la inscripción en el registro es presupuesto de adquisición de la personalidad jurídica, cuando se trata de empresarios colectivos (sociedades). En relación con los segundos, la inscripción tiene que ver con las obligaciones profesionales del empresario, en cuyo cumplimiento entran en juego sus propios intereses, la protección de derechos de terceros (acreedores, en particular) y la tutela de intereses públicos.

han sido creadas, por el mismo procedimiento, oficinas similares en otras circunscripciones judiciales.

El funcionamiento de las oficinas de Registro Mercantil de la Circunscripción judicial del Distrito Federal y Estado Miranda fue modificado por el Decreto Nº 131 del 17 de mayo de 1979, para adaptarlo al sistema de fotocopias de los documentos presentados para su registro. El sistema de "libro de papel de hilo, empastado y foliado" de que habla el artículo 18 del Código de Comercio fue sustituido por un mecanismo que permite ir formando el libro progresivamente, con fotocopias de los documentos presentados, libros que son empastados al finalizar cada trimestre. Así ha sido simplificado un procedimiento que era lento y primitivo, basado en la trascripción a mano. La organización puede ser perfeccionada aún más, con el auxilio de los modernos instrumentos de almacenamiento de la información suministrados por las computadoras y con la eliminación radical de "libros" formados con fotocopias de documentos. Bastaría agregar al expediente de cada comerciante individual o social la participación correspondiente a cada acto, sin necesidad, de efectuar un "otorgamiento" de documento con presencia de las partes interesadas, duplicando la autenticidad que en la generalidad de los casos tiene el acto en su origen.

La organización que tiene prevista la Ley de Registro Público y del Notariado podrá estar integrada por un Registro Central y por registros mercantiles territoriales; se basará en la utilización del sistema de folio personal; la automatización progresiva de los procesos registrales; la digitalización y traslado progresivo a las bases de datos de los soportes físicos del sistema registral actual; la utilización de la firma electrónica; la aplicación de los principios regristrales del Registro Inmobiliario; y la emisión de boletines oficiales para divulgar los actos que el Código de Comercio ordena publicar en los periódicos. Todo esto, de conformidad con los reglamentos que hubieran debido ser dictados por el Poder Ejecutivo Nacional (arts. 2º, 3º, 5º, 48, 52 y 61 de la Ley), dentro de un plazo de 180 días continuos a partir de la publicación de la Ley (27 de noviembre de 2001).

b) La eficacia probatoria de los libros no puede transformarlos en lo que no son, es decir, en documentos privados emanados de la parte contra quien se invoca, ni substituir los documentos privados en su función normal probatoria.

Las opiniones de Rocco, muy respetables, son discutibles. En forma general, puede afirmarse que la eficacia probatoria de los libros depende de la amplitud de los asientos contables y de su eventual coordinación con otros elementos: comprobantes de contabilidad, etc. La contabilidad puede ser valorada como prueba documental, ser objeto de inspección judicial o de prueba pericial y servir de fundamento a una presunción.

Nuestro sistema se aparta del italiano en materia de libros facultativos, pues los principios que han sido enunciados anteriormente se aplican sólo a los libros obligatorios. La razón que se aducía en Italia para tal distinción, bajo el Código de 1882, era que el recíproco control no existe en materia de libros facultativos: los libros de esta clase que lleva un comerciante pueden no ser llevados por el otro. Sin embargo, nuestro sistema es diferente: los libros facultativos pueden ser aprovechados en juicio por el comerciante que los lleva, sin importar si el otro comerciante los lleva o no. No obstante, la lógica impide que el libro facultativo por sí solo, independientemente del obligatorio, pueda hacer prueba en favor de quien lo lleva. Su valor probatorio debe ser complementario de los asientos contenidos en los libros obligatorios.

Los libros, obligatorios o facultativos, llevados irregularmente, no pueden ser aprovechados en juicio ni configuran prueba alguna. En este punto, nuestro régimen se aparta sensiblemente del Código de Comercio italiano de 1882, cuyo artículo 50 establecía:

> Todos los libros de los comerciantes, en cualquier modo que se lleven, hacen prueba contra ellos; pero quien quiera beneficiarse de los mismos no podrá escindir su contenido.

Nuestro legislador excluyó, de modo expreso e implícito, cualquier valor probatorio para los libros llevados irregularmente, a los cuales no puede atribuirse ningún significado (Conforme: Vegas

latinoamericana –con excepción del Brasil– no consideran necesaria una cláusula, sino que el contrato implica tal obligación, la cual resultaría en Venezuela del artículo 1.160 del Código Civil. El adquirente tendría una acción de daños y perjuicios (artículo 1.185 del Código Civil, único aparte, abuso de derecho), además de una acción para lograr el cierre del negocio, conforme al artículo 1.268 *ejusdem*. Leopoldo Borjas discrepa. Según él, prevalece "la tesis que sostiene que el enajenante, salvo pacto en contrario, no asume ninguna obligación de no concurrencia" punto de vista que "debe prevalecer también en nuestro ordenamiento, ya que tal género de limitación ... sólo puede tener como fuente la ley o la convención, y en la primera no existe disposición alguna en referencia".

La interpretación precedente se basa en la aplicación de uno de los principios de la exégesis: las prohibiciones tienen origen legal y son de estricta interpretación. Sin embargo, las prohibiciones también pueden tener carácter virtual y en esa situación se encuentra la de no competir dirigida al enajenante del fondo de comercio. Por otra parte, en materia mercantil el valor de la exégesis es muy relativo: en la interpretación de la ley y de los contratos mercantiles debe privar el sentido práctico por ser la norma mercantil reguladora de "situaciones en perpetua formación y evolución, para las cuales no fue escrita la norma jurídica, y a las que, sin embargo hay que adaptarla" (Rocco). La solución exegética, en el presente caso, crea una situación de falta de equidad, contraria a las mejores tradiciones y al método de interpretación del Derecho Mercantil. En efecto, no sólo constituiría un abuso de derecho y una actuación de mala fe del enajenante su restablecimiento, sino que permitirlo sería desacatar las mejores recomendaciones de la doctrina sobre la interpretación de la ley y de los contratos. Dice Rocco a este respecto: "Los nuevos aspectos de los fenómenos que ya están regulados exigen un particular y profundo estudio de los hechos sociales regidos por el Derecho Mercantil, para averiguar cuál sea el verdadero contenido *actual* de la norma; de suerte, que es muy interesante en este aspecto el estudio de los fenómenos económicos que rigen el Derecho mercantil, cuya evolución altera profundamente con

deben ser corregidas y reparadas, aunque sean fortuitas". Se han intentado justificaciones basadas en la protección del derecho a la personalidad, argumentando que uno de los derechos de la personalidad es la lealtad en la competencia (Kohler). En sentido similar se ha pronunciado Ascarellí. Mármol coincide con Solá Cañizares y Josserand al aceptar que quien ejercita la competencia ejerce un derecho, pero que cuando la competencia es desleal se incurre en el abuso de derecho (artículo 1.185, *in fine* del Código Civil).

Para que un acto de competencia desleal pueda configurarse, se requiere: a) que el acto sea de competencia; b) que sea "desleal"; c) que produzca perjuicios.

En nuestro país no podría aceptarse la tesis de Ascarelli de que es irrelevante que el acto cause perjuicios y de que basta su mera posibilidad. En efecto, si aceptamos que la acción se basa en el abuso de derecho, estamos presuponiendo que se trata de una acción de daños y perjuicios.

La Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia regula parcialmente la competencia desleal, de la siguiente manera:

> "Artículo 17.- Se prohibe el desarrollo de políticas comerciales que tiendan a la eliminación de los competidores a través de la competencia desleal y, en especial, las siguientes:
>
> 1° La publicidad engañosa o falsa dirigida a impedir o limitar la libre competencia;
> 2° La promoción de productos y servicios con base en declaraciones falsas, concernientes a desventajas o riesgos de cualquier otro producto o servicio de los competidores; y
>
> 3° El soborno comercial, la violación de secretos industriales y la simulación de productos."

De modo mas genérico, la Ley española de Defensa de la Competencia se ocupa del asunto en el artículo 7°:

> "*Falseamiento de la libre competencia por actos desleales:* El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los

prácticas restrictivas de la competencia, las cuales pueden provenir de la conducta de las empresas (colusión) o de situaciones del mercado (monopolios). Son las mismas situaciones a las cuales se refiere la doctrina alemana como *Massnahme* y *Zustand*, respectivamente.

La competencia es una noción de orden económico (los economistas hablan de competencia perfecta, de competencia imperfecta, de competencia efectiva, de competencia monopolística y de otros tipos de competencia). Las legislaciones suponen que el fenómeno es conocido y como tal lo regulan, desde el punto de vista de las situaciones que se consideran como *prácticas restrictivas* de la competencia. En todo caso, la noción económica de competencia se entronca con el liberalismo expuesto por Adam Smith, quien suponía la existencia de una "mano invisible" capaz de ordenar el curso de la actividad económica. Reconociendo que la competencia supuesta por algunos economistas no existe (la competencia *perfecta* es concebida como una situación en la cual existen muchos oferentes y demandantes, quienes no tienen individualmente influencia en la determinación desprecio, el cual viene dado como un dato), sino que la realidad ofrece una competencia *imperfecta* o efectiva *(workable competition),* los juristas intentan construir la noción jurídica de competencia con resultados poco exitosos, terminando por aceptar

> "que el complejo fenómeno de la competencia se resiste a su encuadre en un concepto cerrado y unitario siendo preciso determinar la existencia de diversos aspectos. En efecto, el punto de partida es la realidad económica de la competencia, lo que implica la existencia en un mercado de diversas empresas que actúan recíprocamente y las decisiones que una o algunas de ellas adoptan repercuten en las demás), utilizando sus parámetros de acción (precio, calidad, publicidad, innovaciones tecnológicas, servicio posventa, etc.) para el logro de sus objetivos, estando sujeta cada empresa al riesgo derivante de que sus clientes (o suministradores) abandonen la contratación con ella" (Galán).

La descripción de la competencia en los términos expuestos pone de relieve dos aspectos esenciales del fenómeno: a) la existencia de varias empresas; b) su actuación autónoma (no concertada).

exclusivas; fusión de empresas o concentración de poder económico; y directorios entrelazados (artículo 5º).

El texto de los artículos 3º, 4º y 5º se transcribe a continuación:

"*Artículo* 3º-Quedan sujetas a esta Ley las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones, válidos o no, expresos o tácitos, que tengan la intención o produzcan o puedan producir el efecto de restringir, falsear o limitar la libre competencia. Para la determinación de los efectos mencionados, debe tomarse en cuenta los mercados relevantes en cada caso.

Artículo 4º-Quedan prohibidos, siempre que tales acciones tengan la intención o produzcan o puedan producir el efecto de restringir, falsear o limitar la libre competencia:

1º Los acuerdos de las asociaciones de industriales o comerciantes que restringen o impiden la competencia entre sus miembros.

2º La repartición de mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento.

3º El desarrollo de una política comercial que tienda a la eliminación de los competidores a través de la competencia desleal especialmente cuando, tratándose de un conglomerado, se otorgue a una de las empresas que lo forman ventajas distintas a las que obtienen empresas que le son ajenas.

4º Las actuaciones de hecho o de derecho que impidan u obstaculicen la entrada o permanencia de empresas en el mercado, tales como las barreras al crédito o de otro tipo, negativas a contratar individuales o colectivas, boycots y cualquier otra manera de comprometer indebidamente el ejercicio de la libre competencia por parte de cualquier persona.

5º La incitación por parte de empresarios, individual o colectivamente considerados, a no aceptar la entrega de bienes, recibir la prestación de servicios, o impedir su adquisición.

6º La manipulación de la producción, distribución, desarrollo técnico o inversiones, en perjuicio de la libertad de competencia.

7º El condicionamiento de la conclusión de contratos a la aceptación de prestaciones u operaciones comerciales suplementarias, que por su naturaleza no son necesariamente parte del objeto de tales contratos.

8º La publicidad cuando ella impida o limite la libre competencia, inclusive la formulada a través de los medios de comunicación de masas.

9º Las prácticas que atentan contra el desenvolvimiento normal de las relaciones comerciales tales como el soborno comercial, la violación de secretos industriales, la simulación de productos, la imposición de prácticas difíciles o imposibles de cumplir o de prácticas de comercialización no ajustadas a la realidad del mercado o las necesidades de los empresarios, los litigios infundados y las denuncias temerarias.

Artículo 5º-La Comisión para la Protección de la Libre Competencia fijará las normas dentro de las cuales podrán realizarse las siguientes actividades:

1º La fijación directa o indirecta, individual o concertada, de precios de compra o venta, de bienes o servicios.

2º La aplicación en las relaciones comerciales, de condiciones diferentes para prestaciones similares o equivalentes, ocasionando con ello desigualdades en la situación competitiva, especialmente si son distintas de aquellas condiciones que se exigirían si hubiera una competencia efectiva en el mercado, salvo los casos de mejores precios por pronto pago, menos costos de capital por ofrecer menos riesgo y otras ventajas consecuencia de una mejor administración.

3ºLas representaciones territoriales exclusivas con prohibiciones de comerciar otros productos iguales o similares.

4ªLa fusión de empresas o concentración de poder económico, salvo aquellas cuya producción esté destinada a la exportación en una proporción que corresponda al porcentaje establecido por la Comisión, o en cualquier otro caso que a juicio del organismo competente ello no incida negativamente en la libre competencia.

5º Los directores entrelazados cuando con ello se limita libre competencia.

Mientras no se hayan dictado las normas a las cuales se refiere este artículo, las actividades que en él se mencionan podrán realizarse libremente y no podrá imponerse sanción alguna".

Parte significativa del anteproyecto era dedicada a la reglamentación del órgano de aplicación de la Ley; de sus resoluciones y de los recursos.

V.5.1 Caracterización de las prácticas restrictivas

En el derecho comparado existen tres sistemas para abordar el tratamiento de las prácticas restrictivas de la competencia: a) prohibir, absolutamente, sin excepciones, las colusiones entre empresas (sistema norteamericano); b) prohibir sólo algunas limitaciones de la competencia (las que constituyan un abuso o perjudiquen claramente la economía nacional); c) prohibir, como regla general, y establecer excepciones relacionadas con limitaciones competitivas que puedan producir un beneficio mayor que el daño eventual que puedan causar. De esta última clase es el sistema venezolano.

La ley no acude a identificar las prácticas restrictivas mediante una delimitación lo suficientemente genérica y precisa, sino que en disposiciones separadas prefiere hacer referencias a conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia (art. 5º); a conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica (art. 1º); al abuso de la posición de dominio (art. 13); y a las concentraciones económicas que tengan efectos restrictivos sobre la libre competencia o puedan producir una situación de dominio del mercado (art. 11). Por separado, en el último artículo de la ley (art. 57) se proclama la nulidad absoluta de estos actos y negocios. A pesar de la dispersión, resulta claro que la ley formula tres prohibiciones genéricas: las prácticas colusorias, el abuso de la posición de dominio y la concentración indebida de empresas.

Al llevar a cabo la identificación de las prácticas colusorias, cuando se refiere a uno de los medios a través de los cuales éstas se concretan, habla de conductas, en lugar de "conductas conscientemente paralelas", expresión ésta última que tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana y ha pasado intacta a las Directivas de la comunidad europea y a leyes nacionales como la española de 1963, cuyos artículos 1º, 2º y 3º constituyen un modelo de claridad y precisión, si se les compara con la ley venezolana:

"declarar que una empresa tiene una posición dominante no es por sí mismo un reproche sino que simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina y no falseada" (caso Michelin, 9 de noviembre de 1983, cita de Rodríguez Artigas).

El concepto de abuso de posición dominante ha sido desarrollado por la doctrina jurídica europea, por el Tratado de la CECA, por la Comisión y por el Tribunal. El Tribunal, a su vez, tiene un concepto amplio y un concepto restringido.

El concepto amplio de abuso de la posición dominante es enunciado así por el propio Tribunal:

"Es un concepto objetivo que comprende los comportamientos... de tal naturaleza que puedan influír en la estructura del mercado... siempre que tengan por efecto, a través de medidas distintas de las que son propias de un comportamiento competitivo normal sobre la base de las prestaciones de bienes o servicios, la supresión o restricción de la competencia, o de aumento de esta, todavía subsistente en el mercado" (Caso Hoffmann/La Roche, citado por Matilla Alegre).

El concepto restringido ha sido desarrollado en numerosas sentencias en las cuales se mantienen criterios dispares (Matilla Alegre):

"a) Que los precios son excesivos cuando son muy superiores (a veces, se dice, cuando no guardan relación razonable) al valor económico de la prestación y que éste, a su vez, ha de medirse, con todas las dificultades y reservas que el método supone, comparándolos con lo costos empresariales y, en su caso, con los de las empresas competidoras (Caso "General Motors Continental").

b) Que el carácter no equitativo de las condiciones contractuales ha de estimarse tomando en consideración todos los intereses en presencia... y que no son equitativos en efecto las de una asociación cuando limita derechos de sus miembros (en el supuesto concreto se trataba de los derechos de autor) en mayor medida que la que pueda exigir la realización del objeto social (Caso "Belgische Radio Televisión ").

Esta segunda parte de la norma está dirigida a prevenir la alteración de las condiciones del mercado, no a sancionar efectos perturbadores o consecuencias negativas.

El principio que se encuentra tras esta norma ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas: el primer paso ha sido considerado el caso *Continental Can*, de 21 de febrero de 1973, que admitió la posible aplicación del artículo 86 a los supuestos en que una empresa con posición de dominio realizara operaciones de concentración para consolidar su posición dominante; doctrina ratificada por la sentencia del caso *Hoffmann/La Roche* sobre las vitaminas, de 13 de febrero de 1979. Luego, en el caso *Philip Morris*, de 17 de noviembre de 1987, se declaró aplicable el artículo 85 a los supuestos en que una empresa adquiere una participación en otra empresa competidora, a través de la cual puede influír en la actuación de esta empresa en el mercado, esto es, cuando realiza una "inversión activa" (Bercovitz).

La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia ha interpretado el artículo 11 de la Ley en sentido apropiado en el caso *Yukery*, en el cual declaró que "...lo que busca la ley es *evitar* la formación de posiciones dominantes y *prevenir* con ello situaciones de abuso...".

La Ley no define las *empresas* ni la *concentración*, por lo cual la precisión de estos conceptos está librada a la juiciosa interpretación que de ellos haga la jurisprudencia.

Con respecto a la noción de empresa, en el derecho comunitario y en el ámbito de aplicación de las normas reguladoras de las prácticas restrictivas de la competencia, se mantiene una idea amplia "en aras de una mas efectiva defensa de la libre competencia" (Rodríguez Artigas). En concordancia con eta idea general, los órganos comunitarios han aceptado: a) que e irrelevante e indiferente la forma jurídica; b) que no importa que la empresa sea pública o privada; c) que debe considerarse como empresa "a toda persona que produce u ofrece bienes o servicios para el mercado"; d) que

II.1. Los auxiliares con relación de dependencia

Pertenecen a este grupo los factores, los dependientes y los viajeros. Todos tienen con respecto al comerciante, al cual se identifica como principal o como patrono (término consagra por el derecho del trabajo), una nota común: trabajan con él o bajo sus órdenes. Por lo demás, ninguno de ellos es comerciante, porque todos ejercen el comercio en nombre de un tercero (su principal) y no en nombre propio. Entran en estas categorías los llamados obreros, empleados, oficinistas, secretarias, funcionarios, gerentes. La diferencia de denominación, dice Ripert, responde a una diferencia de situación social mas que de situación jurídica.

II.1.1. El factor

El Código de Comercio define al factor como "el gerente de una empresa o establecimiento mercantil o fabril o de un ramo de ellos, que administra por cuenta del dueño". Es "el auxiliar del comerciante con las facultades más amplias", dice Goldschmidt; es, "ante todo un representante del comerciante", agrega Barboza Parra.

La condición de factor deriva de una relación contractual expresa (artículo 95 del Código de Comercio) y es atribuida en Venezuela, generalmente, a los gerentes de sucursales de bancos y de otras empresas de cierta magnitud o complejidad, coincidiendo la relación comercial con un vínculo de carácter laboral que no se discute o, en todo caso, cuya discusión está al margen del derecho mercantil.

A. Naturaleza jurídica y facultades del factor

La naturaleza jurídico-comercial del factor ha sido identificada por un sector de nuestra doctrina como una relación de mandato: Goldschmidt asevera que esa es la idea de la cual parte el Código de Comercio y afirma que, en efecto, se trata de una relación de mandato "ya que el factor y los demás dependientes ejecutan negocios por cuenta del principal", en el sentido del artículo 1.684 del Código Civil; Barboza Parra coincide con esta apreciación y expresa que en el orden externo (ejecución de los negocios) se

anónimas. La compra de la acción la efectúa el corredor conforme al sistema de "operación condicional" prevista en el Reglamento Interno de la Bolsa correspondiente. El aspirante a convertirse en miembro de la bolsa debe ofrecer garantías satisfactorias; presentar estados financieros auditados o declaración jurada de bienes que demuestre la posesión de un patrimonio mínimo precisado en el Reglamento Interno de la Bolsa, unas veces, y en decisiones de la Comisión Nacional de Valores, otras veces; comprobar que dispone de una oficina abierta al público destinada principalmente al corretaje de títulos valores; y presentar una solicitud dirigida a la Junta Directiva de la Bolsa que cumpla los requisitos indicados en el Reglamento.

Los corredores de bolsa tienen el privilegio de las transacciones en las ruedas bursátiles (artículo101 de la Ley de Mercado de Capitales; 16 de las "Normas" de los corredores; y otros del Reglamento Interno correspondiente).

La doctrina y la jurisprudencia italianas posteriores al Código Civil de 1942, se han planteado el problema de la cualidad profesional del corredor de bolsa, el cual podría llegar a ser considerado como persona que ejerce una profesión liberal, no sujeta, en consecuencia, a la quiebra; en lugar de empresario mercantil, sometido al régimen concursal en caso de insolvencia. La situación se debe, en parte, al hecho de que los corredores de bolsa son en Italia "pubblici ufficiali", como son en Francia "officiers ministerielles", en España "fedatarios públicos" y en Venezuela sujetos que disfrutan del privilegio de las operaciones en la rueda de bolsa, actividad vinculada al funcionamiento del mercado de capitales, de interés público. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia italianas han coincidido en calificar la actividad fundamental que desarrolla el corredor de bolsa como una actividad de derecho privado, auxiliar de la intermediación de la circulación de los bienes (títulos y valores), actividad especulativa típicamente comercial, para la cual se requiere, generalmente, una organización empresarial.

Los actos pertenecientes a la industria mercantil se dividen en tres clases:

1. *actos fundamentales* o propiamente dirigidos a la explotación de la industria;
2. *actos auxiliares,* que contribuyen al ejercicio de la explotación; y
3. *actos ocasionales,* que realiza el comerciante como tal y que no pueden ubicarse ni en un grupo ni en otro.

El sistema se integra con dos presunciones, formuladas por el artículo 344:

1. en caso de duda, los actos de un comerciante se reputan pertenecientes a su industria mercantil;
2. los documentos de deuda del comerciante se reputan suscritos en el ejercicio de su industria, a menos que lo contrario resulte del documento mismo.

Al sistema subjetivo alemán se le ha observado:

1. hay una serie de actos e instituciones regulados por el Código de Comercio que no son actos de comercio, es decir, no hay equivalencia entre acto de comercio y materia mercantil;
2. el Código de Comercio se aplica a las dos partes del contrato, aunque una sola sea comerciante;
3 la letra de cambio es mercantil, con prescindencia de la cualidad de los sujetos;
4. la existencia del "comerciante forzoso", es decir, aquel a quien se identifica como tal por la actividad que realiza, comprueba la utilización de elementos objetivos por el sistema.

IV.2 Los actos de comercio en el sistema español (predominantemente objetivo)

El Código de Comercio español elude dar una definición del acto de comercio y evita efectuar una enumeración, prefiriendo

o subarrendarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas" (ordinal 1°, artículo 20 del Código de Comercio).

Estos actos, en opinión de Rocco, nos suministran la figura típica de la actividad mercantil –la interposición en e productores y consumidores, encaminada a facilitar el cambio de bienes– de modo que estos actos son mercantiles aun en sentido rigurosamente económico.

La doctrina coincide en aceptar algunas reglas comunes para la *adquisición* (primera fase o grupo de actos incluidos en la expresión "compra permuta o arrendamiento"):

1. debe tratarse de una adquisición, es decir, cualquier medio por el cual la propiedad o el uso de una cosa mueble se incorpore al patrimonio del "comprador". En algunas legislaciones existe la exigencia de que la adquisición se realice a titulo oneroso, excluyéndose, en consecuencia, las adquisiciones a titulo gratuito, las originarias (usucapión, apropiación, etc.) y las hechas con el trabajo corporal o intelectual (caza, pesca, crianza, etc.);
2. debe tratarse de una cosa mueble. La norma debe extenderse no sólo a los bienes corporales, sino a los bienes materiales o inmateriales, con excepción de los inmuebles, únicos a los cuales se ha querido excluir;
3. el ánimo de revender debe ser simultáneo con la adquisición. Esta condición se deriva del mismo sentido gramatical y lógico de la norma. A este propósito se considera que no es comercial la reventa cuando no ha existido el propósito inicial de enajenar; y que tampoco deja de ser comercial la adquisición sí la transferencia no se cumple (porque se haya decidido consumir la cosa o por otro motivo);
4. no se requiere obtener un beneficio ni que exista un ánimo de lucro. La tesis dominante en Italia, a la cual se sumaba

Bolaffio, se inclinaba en favor de la presencia de este elemento. Vivante discrepaba.

Con respecto a la *transferencia o enajenación* (segunda fase o grupo de actos incluidos en la expresión "la reventa, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas"), se admite:

1. no es necesario que la transferencia ocurra exclusivamente a través de los contratos mencionados. Cualquier otro debe considerarse incluido, si se cumple el propósito inicial de transferir la propiedad o el uso;

2. la transferencia debe tener por objeto las mismas cosas adquiridas.

   Este fin no se cumple cuando la transferencia pasa a ser un elemento accesorio de otra actividad, es decir, cuando es un medio para sacar provecho del propio trabajo, material o intelectual (Bolaffio). Sería el caso de los artesanos (sastres, carpinteros, zapateros, pintores, decoradores, etc.) que adquieren la materia prima para el ejercicio de su oficio, por lo cual no realizarían actos de comercio ni cuando adquieren ni cuando revenden la materia prima junto con su trabajo, según lo decidido por la jurisprudencia italiana. Igual consideración se ha hecho sobre los artistas (escultores, pintores, etc.);

3. la cosa transferida puede haber sido objeto de transformación o elaboración, es decir, no es necesario que se disponga de ella *in natura* (en la misma forma en que se adquirió). La excepción sigue siendo la actividad artística o artesanal.

Si la transformación llega a predominar o a igualar, desde el punto de vista económico, la materia prima revendida, se cae en el supuesto de la empresa de manufactura, cuya comercialidad entra en otro supuesto.

A este primer grupo de actos de comercio por su naturaleza intrínseca pertenece el ordinal 2º del artículo 2º del Código de Comercio: "la compra o permuta de Deuda Pública u otros títulos

de crédito que circulen en el comercio, hecha con el ánimo de revenderlos o permutarlos; y la reventa o permuta de los mismos títulos".

Segundo grupo: "Las operaciones de banco" (numeral 14, artículo 2º del Código de Comercio) y "las operaciones de cambio" (idem).

La Banca es básicamente mediadora del crédito, a través de una serie de operaciones sucesivas enlazadas entre sí, cada una de las cuales es una operación de banco. Entran en esta categoría las operaciones pasivas (toma de dinero del público) y las operaciones activas (entrega de dinero a crédito). Así como el comerciante ordinario concentra y distribuye mercaderías, el banquero concentra y distribuye crédito.

La discusión de si una operación bancaria puede ser realizada por quien no tiene organización empresarial, objeto de interés en Italia bajo el Código de 1882, no es replanteable en Venezuela, pues la Ley especial (Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito) sólo permite el ejercicio profesional de operaciones bancarias a las empresas organizadas en forma de sociedad anónima que obtengan autorización estatal.

El problema que suscitan las operaciones de banco, desde el punto de vista de su condición de actos de comercio, ha sido discutido ampliamente:

1. en España, no sólo la doctrina (Garrigues) sino la jurisprudencia del Tribunal Supremo han llegado a la conclusión de que la operación bancaria debe ser *en todo caso* calificada como acto de comercio. Esto significa, agrega Garrigues, "que cualquiera que sea el destino que se dé a los fondos facilitados por el Banco..., el préstamo se calificará siempre como mercantil si el prestamista es una empresa cuya profesión consiste en conceder crédito".
2. en Francia se ha considerado, por una parte, que estas operaciones son actos de comercio aun cuando la realicen

Tanto Goldschmidt como Mármol han señalado que la analogía es un recurso de interpretación que sólo se puede utilizar cuando hay silencio de la ley, que no hay posibilidades para una aplicación analógica cuando el legislador ha manifestado su voluntad, aunque sea sólo en forma implícita. Para Goldschmidt la razón decisiva está expresada en la voluntad del legislador venezolano de no incluir las compras y ventas de inmuebles como acto de comercio, al contrario de lo que ocurría con el modelo que se tuvo como fuente, el Código de Comercio italiano de 1882. Para Mármol hay algo más: no hay tal silencio en materia de inmuebles, porque el Código Civil la regula en forma pormenorizado a través de numerosas disposiciones del Título V de su Libro III. Leopoldo Borjas, por su parte, piensa que en el caso de la especulación inmobiliaria no se puede recurrir al método lógico-extensivo, "pues ni la historia ni el término de "mueble" usado por el legislador en el numeral 1° del artículo 2°, así nos lo permite".

La tesis de De Sola de considerar como actos de comercio las operaciones de especulación inmobiliaria terminó siendo acogida por la Corte Suprema de justicia, en Sala de Casación, pero en base a otro supuesto invocado por él mismo: las operaciones sobre inmuebles pueden ser actos subjetivos de comercio. En este fallo fue ponente el magistrado Dr. Eloy Lares Martínez.

IV. EL ACTO UNILATERALMENTE MERCANTIL O "MIXTO"

La gran mayoría de los actos de comercio son actos unilateralmente mercantiles, en el sentido de que la relación es mercantil sólo para una de las partes. Así ocurre con las ventas en las tiendas, mercados y supermercados, las cuales son comerciales para el vendedor, pero no para los consumidores. Igual cosa sucede con el transporte, las operaciones de banco, los seguros y muchos otros contratos.

La propia legislación se ocupa de señalar algunos supuestos en los cuales el acto es comercial sólo para uno de los contratantes: así

> sin perjuicio de las disposiciones que se refieren a las personas de los comerciantes, y salvo las disposiciones contrarias a la ley".

Esta disposición era completada por otra, contenida en el artículo 870 del mismo texto legal, la cual disponía:

> "Si el acto es comercial para una sola de las partes, las acciones que derivan de él corresponden a la jurisdicción comercial".

La ley mercantil tiene una *vis attractiva,* aconsejada por razones de oportunidad, por medio de la cual el acto de comercio unilateral arrastra bajo la competencia sustantivo y procesal el negocio entero del cual el acto es un elemento (Bolaffio). El régimen de la ley italiana fue acogido por nuestro codificador y con él se evita el tratamiento desigual que deriva del sistema francés. Nuestros artículos 109 y 1.092 son los equivalentes de los artículos 54 y 870, respectivamente del Código italiano de 1882.

El artículo 109 establece:

> "Si un contrato es mercantil para una sola de las partes, todos los contratantes quedan, en cuanto a él, sometidos a la ley y jurisdicción mercantiles, excepto a las disposiciones concernientes a la cualidad de comerciante y salvo disposición contraria a la ley. Sin embargo, si la parte no comerciante fuere la demandada, los lapsos judiciales no podrán acortarse sino en los casos previstos por el Código de Procedimiento Civil".

En forma similar, el artículo 131 del Código de Comercio estatuye:

> "Las acciones provenientes de actos que son mercantiles para una sola de las partes se prescriben de conformidad con la ley mercantil".

Una de las disposiciones contrarias de la ley es el artículo 107:

> "En las obligaciones mercantiles se presume que los codeudores se obligan solidariamente, si no hay convención contraria. La misma presunción se aplica a la fianza constituida en garantía de una obligación mercantil aunque el fiador no sea comercial.

una profesión liberal, constituír sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas o sociedades en comandita por acciones. Estas sociedades tienen por objeto, al igual que las sociedades civiles de la Ley de 29 de noviembre de 1966, "el ejercicio en común de la profesión" o "el ejercicio en común de varias profesiones liberales". Sucesivos decretos en 1992 y 1993 han reglamentado la Ley. El relativo a la profesión de abogado es el Decreto Nº 93-492 del 25 de marzo de 1993.

La doctrina italiana ha tratado de justificar que el profesional liberal no es un empresario con el argumento de que la actividad por él desarrollada no es un servicio sino "una actividad exquisitamente intelectual" (Ferrara, citado por Galgano). La razón, dice Galgano, está mas allá de la naturaleza intrínseca del bien o del servicio ofrecido al público. Reside en una condición de privilegio que la ley concede, sobre la base de una antigua tradición, a una específica clase social, la de los que ejercen las llamadas profesiones liberales.

Para llegar a la conclusión de que una profesión liberal puede ser ejercida conjuntamente a través de una sociedad civil debe resolverse un problema de compatibilidad entre el objeto de ésta (la realización de un fin económico común) y el objeto de una profesión liberal (la prestación de un servicio exquisitamente intelectual). El grado de incompatibilidad es aún mayor en el caso de las sociedades comerciales, las cuales tienen por objeto "uno o mas actos de comercio" (art. 200 Código de Comercio). La incompatibilidad fue resuelta en Francia legislativamente. La incompatibilidad entre el ejercicio de la a abogacía y la actividad comercial es absoluta en Venezuela, frente a la redacción del artículo 2 de la Ley de Abogados.

En España, el artículo 5º de la Ley 7/1997 de 14 de abril, reguladora de los Colegios Profesionales, establece que "el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la

Capítulo XVIII

La banca

I. INTRODUCCION. II. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA BANCA. A. LA BANCA EN LA ANTIGÜEDAD. B. LA BANCA EN LA EDAD MEDIA. C. LA BANCA DEL RENACIMIENTO. D. LA BANCA DE LOS TIEMPOS MODERNOS. E. LA BANCA EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. F. LA ARMONIZACIÓN BANCARIA EN LA UNION EUROPEA. III. HISTORIA DE LA BANCA EN VENEZUELA. IV. REGIMEN JURIDICO DE LA BANCA. V. LA ORGANIZACION BANCARIA VENEZOLANA. VI. CONCEPTO DE BANCO. VII. OPERACIONES BANCARIAS. VII.1 OPERACIONES BANCARIAS ACTIVAS. VII.2 OPERACIONES BANCARIAS PASIVAS. VII.3 OPERACIONES NEUTRAS. VII.4 NUEVAS OPERACIONES BANCARIAS Y NUEVAS FORMAS DE OPERAR. VII.5 EL SECRETO BANCARIO. VIII. LAS CRISIS BANCARIAS. VIII.1 LA INTERVENCIÓN BANCARIA. VIII.2 INSTRUCCIONES Y MEDIDAS PREVENTIVAS. VIII.3 LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS. VIII.4 LOS MECANISMOS EXTRAORDINARIOS. VIII.4. 1 LA TRANSFERENCIA. VIII. 4 .2 LA ESTATIZACIÓN. VIII. 4. 3 LA INTERVENCIÓN. VIII. 4. 4 LA REHABILITACIÓN. VIII. 4. 5 LA LIQUIDACIÓN ADMINISTRATIVA. IX. RESUMEN. X. OBJETIVOS.

I. Introducción

Con diferencias de estructura y de regulación en distintos países, los bancos forman parte del sistema a través del cual se suministra dinero, se expande su circulación o se restringe su volumen, para atender las necesidades económicas de la sociedad. La globalización de la economía y el funcionamiento cada vez mas dinámico de los mercados financieros internacionales, en los cuales aparecen cada día nuevos instrumentos y nuevas técnicas de formación de los contratos, han hecho de los bancos el centro de una actividad en la cual se unen los extremos de la experiencia y de la innovación. El derecho ha tenido que adaptarse a esos cambios,

Amsterdam se convirtió en el centro financiero de Europa. El Banco de Amsterdam recibe depósitos de dinero o de lingotes, otorga anticipos sobre el dinero o los lingotes depositados, realiza pagos, acuerda total libertad de retiros de metales y no permite giros al descubierto. Tiene, además, el privilegio del cambio y adopta una moneda de cuenta, el "florín banco". La fundación de la primera gran sociedad anónima (la Compañía Holandesa de las Indias Orientales) ocurre también en Amsterdam en 1602, dando lugar a la creación de la *acción* y a la negociación de ésta en la Bolsa.

La fundación de los bancos en Inglaterra estuvo precedida de una desafortunada experiencia: el rey Carlos I, necesitado de fondos, se apropió de 130.000 libras en lingotes que los comerciantes de la ciudad tenían depositadas en la Torre de Londres. La gente, entonces, comenzó a guardar sus fondos con los orfebres *(goldsmiths)*, quienes se convirtieron de hecho en banqueros. Los *goldsmiths* adoptaron la práctica italiana de dar recibo por los depósitos, pero tuvieron la idea de dividir el recibo en varias partes iguales (los *goldsmithsnotes)*, creando así la primera forma de billete de banca (Branger). Los orfebres perfeccionaron diversas técnicas bancarias: a) daban en préstamo los fondos recibidos, puesto que los retiros se escalonaban en el tiempo y los reembolsos permitían atender las solicitudes de entrega; b) en lugar de dar en préstamo los fondos mismos, efectuaban los préstamos por medio de *notes* pagaderas a la vista; c) efectuaban anticipos con garantía de letras de cambio (descuento). Después de experiencias también desagradables para los orfebres, obligados por Carlos II a hacerle préstamos importantes que no pudo pagar, se estableció el Banco de Inglaterra, en base al proyecto presentado por el escocés Patterson, banco que recibió el privilegio de emitir billetes y comenzó a permitir retiros de fondos contra la presentación de cheques. Luego de etapas difíciles, el privilegio de la emisión de billetes se hizo exclusivo del Banco, el cual funcionó corno instituto privado hasta la conclusión de la Segunda Guerra Mundial. El Banco de Inglaterra, en el siglo XVIII, inició el empleo de los depósitos en préstamos a breve plazo a los comerciantes. Antes,

portafolios diversificados u orientados de acuerdo a la preferencia de los inversionistas (inmuebles, monedas, metales, cosechas, etc.);

c) *fondos mutuales del mercado de dinero*: tienen las características de los fondos mutuales, pero ofrecen la posibilidad de permitir librar cheques -en forma limitada- contra las participaciones. Colocan el dinero en instrumentos del mercado monetario, muy líquidos y seguros. Los intereses son pagados a los tenedores de participaciones.

Todas estas instituciones están sometidas, según el caso, al control del banco central (*Federal Reserve System*), de la Superintendencia de Bancos (*Comptroller of the Currency*), del Seguro de Depósitos Federales (FDIC), de la *Office of Thrift Supervision*, de la *National Credit Union Administration* y de una variedad de contralores estadales. Para la liquidación de centenares de instituciones de ahorro y préstamo insolventes se constituyó en 1989 una sociedad, la *Resolution Trust Corporation*.

El sistema, dicen los propios autores norteamericanos, es barroco y contrasta con sistemas como el japonés en el cual una sola autoridad -el Ministerio de Finanzas- vigila y regula el mercado de dinero y el mercado de valores.

Una de las características mas resaltantes del sistema financiero norteamericano de hoy es el llamado derrumbe de la muralla Glass-Steagall con el consiguiente derrumbe de la neta distinción entre las instituciones financieras. Las instituciones financieras no bancarias han invadido el campo de los bancos comerciales, ofreciendo fondos del mercado monetario con posibilidades de emitir cheques y la factibilidad de realizar otras operaciones bancarias a través de los citados fondos, salvo retirar dinero efectivo. Las *securities firms* hacen préstamos a las empresas a través de la compra de los papeles comerciales que éstas emiten. Los bancos, a su vez, han invadido el mercado de valores: asesoran financieramente a los fondos mutuales, actúan como corredores y compiten con las *securities*

firms en el mercado de colocación de los papeles comerciales. Las subsidiarias de *securities* de los holdings bancarios, además, han sido autorizadas para realizar la totalidad de las operaciones de las *securities firms*. Las instituciones de ahorro han sido habilitadas para actuar como bancos y éstos, a su vez, pueden adquirir entidades de ahorro sanas. Como si no fuera suficiente, las compañías de seguros y los fondos de pensiones están formando *pools* con parte de sus fondos e invirtiéndolo en portafolios de *securities* y de préstamos comerciales. En consecuencia, las actividades de las mas grandes empresas financieras están solapándose cada vez más.

A los juristas norteamericanos les preocupa que mientras las diferencias entre las instituciones se hacen menos nítidas o incluso desaparecen, los esquemas regulatorios aplicables siguen refiriéndose a instituciones separadas, creando las naturales inconsistencias (Macey y Miller).

F. La armonización bancaria en la Unión Europea

La estructura de los sistemas financieros europeos es bastante compleja y tiene su razón de ser mas en las prácticas reconocidas legislativamente que en razones de lógica o de planificación. La variedad es el signo característico. Por ejemplo: en España existen bancos nacionales, bancos regionales, bancos industriales, bancos locales y banca extranjera, así como también está presente la banca cooperativa, las cajas rurales, las cajas de ahorro, etc.; en Francia se ha distinguido tradicionalmente entre bancos de depósitos, bancos de negocios y bancos de crédito a mediano y largo plazo, a cuyo lado existen bancos mutualistas, cooperativas de crédito, bancos populares, cajas de ahorro y previsión, cajas de crédito municipal, el servicio financiero del correo y la caja de depósitos y consignaciones; en Italia se distingue entre entidades de crédito (crédito a corto plazo) e institutos de crédito (crédito a mediano y largo plazo). Existen bancos de interés nacional, bancos populares, cajas de ahorro, cajas rurales, etc.

con el predominio de la banca universal, la Unión se ha inclinado por este último sistema.

III. HISTORIA DE LA BANCA EN VENEZUELA

Durante la época colonial, entre 1528 y 1546, el territorio de Venezuela estuvo sometido al gobierno y explotación de banqueros alemanes (los Welser o Belzares), quienes estuvieron representados por Ambrosio Alfinger, Nicolás Federmann, Jorge Espira y Felipe de Hutten. Las condiciones primitivas del país, su incipiente organización económica, apenas si permitían el trueque directo. La función de la moneda fue cumplida hasta el siglo XVII, principalmente, por las perlas. Dice a este respecto el ilustrado historiador Arcila Farías:

> "En el empleo de las perlas como monedas es preciso distinguir dos épocas. La primera corresponde al tiempo de la llegada de los españoles, hasta treinta o cuarenta años después, cuando los conquistadores las obtenían de los indios o bien las extraían ellos mismos en las proximidades de la famosa isla de Cubagua. Estas perlas eran, ante todo, mercadería de lujo; y aunque ocasionalmente servían de moneda, se las retiraba pronto de la circulación por ser artículo muy raro y solicitado. La operación se reducía a un simple trueque. La situación cambia en la segunda época. Habían ya dejado de ser objeto de tanta codicia y su precio era más o menos estable; permanecían constantemente en circulación, y pasaban de unas manos a otras con la rapidez que permitía el volumen de las transacciones comerciales en un tiempo en que el comercio se desenvolvía muy lentamente. No podía decirse ya que fuese una operación de trueque: su valor guardaba un firme equilibrio y no presentaba los riesgos de la buena moneda, de escapar profusamente al exterior; pero no podía calificárselas de mala moneda: era una moneda buena en un límite suficiente, y lo prueba el hecho de que se hayan admitido en pago de sumas fuertes por la Tesorería y los particulares; y lo prueba aún mejor el hecho de que hayan sido utilizadas para la acumulación: gran parte de los capitales que había en la Provincia en poder de la Real Hacienda y de los particulares consistía en perlas. En cuanto a la moneda de plata, los cambios que sufrió su ley, como también la gran diversidad de tipos, le restaban confianza en el ánimo del público.

incremento de los precios del petróleo. Para 1988 existían en Venezuela aproximadamente: 40 bancos comerciales; 19 bancos hipotecarios y 41 sociedades financieras.

Para fines de 1993, en el umbral de la crisis bancaria que se desató el 13 de enero de 1994, existía en el país un total de 132 instituciones financieras repartidas así: 45 bancos comerciales, 16 bancos hipotecarios, 37 sociedades financieras y 34 arrendadoras financieras. Para fines de 1997 había 10 bancos universales, 29 bancos comerciales, 15 bancos de inversión, 6 bancos hipotecarios y 13 empresas de arrendamiento financiero.

En Venezuela está permitida la inversión extranjera en los bancos a través de la adquisición de acciones, establecimiento de instituciones financieras propiedad de bancos e inversionistas extranjeros y establecimiento de sucursales (artículo 171 Ley General de Bancos).

El Banco Central de Venezuela fue establecido en 1940, cuando funcionaban en el país once bancos comerciales y tres gubernamentales. Circulaban en el país billetes emitidos por el Banco de Venezuela, Banco Venezolano de Crédito, Banco Mercantil y Agrícola, Banco de Maracaibo, Banco Comercial de Maracaibo y Banco Caracas (Crazut), emisiones que serían recogidas para permitir el funcionamiento del privilegio exclusivo de emisión otorgado al Banco Central.

IV. Régimen jurídico de la banca

El régimen jurídico de la banca está contenido, principalmente, en las siguientes leyes:

1. la Ley del Banco Central de Venezuela, sancionada el 4 de septiembre de 2001, en vigor desde el 3 de octubre de 2001 y publicada en la Gaceta Oficial Nº 37.296 de esta última fecha;

generalmente frente al Banco Central, el cual utiliza el mecanismo de redescuento con mayor o menor flexibilidad, de acuerdo a la política de liquidez que aplique en un momento determinado. El descuento y el anticipo en el cual los bancos sean el sujeto pasivo de la obligación no se diferencian jurídicamente de los demás contratos de descuento y anticipo.

VII. 3. Operaciones neutras

Se considera operaciones neutras aquellas transacciones en las cuales no se produce intermediación en el crédito y de las cuales no resulta una posición acreedora o deudora para el banco. Generalmente se ubican en el ámbito de servicios a la clientela. La gama de las operaciones neutras se ha expandido enormemente.

La contratación bancaria moderna ha recibido la incorporación de figuras muy novedosas, como las garantías abstractas (carta de patrocinio, a la cual no se le aplican las reglas de la fianza; garantía a primera demanda). La forma de contratación, por otra parte, ha dado lugar a la creación de los "documentos electrónicos" y a la intensificación de la "desmaterialización de los títulos", como consecuencia del uso de los medios informáticos de almacenamiento de datos y de comunicación. El Proyecto de Unificación del Derecho Privado de la República Argentina de 1987 propone la regulación de estos fenómenos y figuras (Alegría).

VII.4. Nuevas operaciones bancarias y nuevas formas de operar

Actualmente se observa una fuerte tendencia en el sistema financiero norteamericano y, por ende, en los sistemas en los cuales éste influye, a eliminar la separación tradicional entre negocios de banca, negocios del mercado de valores y negocios de seguros. Lepervanche Michelena, en nuestro país, ha observado a este respecto:

> "...es oportuno señalar que aún cuando es cierto que la "Glass Steagall Act" prohibió la concentración de las actividades de intermediación y mercado de valores en una sola institución,

ello fue porque se desnaturalizó el proceso, y fue empleado casi que maliciosamente en perjuicio de los clientes depositantes. Estados Unidos ha debido regular esa libertad tan absoluta y no eliminarla. Por otra parte, el tiempo ha demostrado que no era necesario ser tan drástico y en la época actual el sistema norteamericano se ha flexibilizado."

Esta tendencia ha sido considerada peligrosa por otros observadores. Mishkin la evalúa de este modo:

"*Without reforming deposit insurance so that risk-taking incentives are substantially reduced, allowing banks to engage in new lines of business such as securities underwriting and insurance might increase bank risk and be a prescription for disaster. The chairman of the House Banking Committee, Henry B. Gonzalez, has eloquently stated his objections to the Treasury plan along exactly these lines: "This is the same 'cart before the horse' mentality which plagued the deregulation of the savings and loan industry in the early 1980s. Let's set the speed limits and train the policement before we open a new super-expressway for financial institutions.*"

Este modo de actuar de los bancos en operaciones internacionales ha dado lugar a que se expresen dudas respecto a lo que debe ser considerado como operación bancaria (concepto que tiende a ser desplazado por el de operación financiera). A este respecto han escrito Bollini y Boneo:

"Actualmente es cada vez mas complicado saber cuál es una operación bancaria, dado que los *brokers* (agentes de bolsa) internacionales efectúan operaciones combinadas de absorción de dinero contra colocación en bonos, acciones, *money market* y son dueños o pertenecen, o están asociados a bancos, compañías de crédito y compañías de seguro.- Los *brokers* ofrecen manejo de carteras de títulos, como los bancos, abren cuentas en bancos que les pertenecen, colocan el dinero en inversiones a corto plazo (*money market*) y los combinan con servicios de tarjetas de crédito.- Los bancos hacen prácticamente lo mismo. La diferencia más importante es que éstos se hallan más regulados y controlados por los bancos centrales. Sólo difiere en que los bancos comerciales pueden recibir depósitos a la vista de las cuentas corrientes. Los *brokers* también abren cuentas corrientes para sus clientes, reciben dinero y rinden

de la informática y de la electrónica, no sólo para el suministro de información (consulta de saldos), sino para la realización de operaciones simples (confirmación telefónica de cheques), o de negocios mas complejos (retiro de fondos de cajeros automáticos (ATM), (contratación telefónica o vía Internet). En 1996 inició operaciones el *Security First Network Bank* de Atlanta, el primer banco *virtual,* e Internet ofrecía posibilidades de realizar operaciones financieras *on line* (en tiempo real), así como en los Estados Unidos tendía a expandirse el *Home Banking.* Los avances tecnológicos han sido un auxiliar tan importante en las innovaciones financieras que sólo gracias a ellos existen algunas: por ejemplo, los bancos norteamericanos se involucraron en el negocio de tarjetas de crédito en la década de los años 50 y lo abandonaron porque sus costos eran muy elevados. A finales de los 60, cuando las tecnologías en computación mejoraron sensiblemente y rebajaron los costos de los servicios, los bancos regresaron al negocio; la llamada *securitization* (titulación) o transformación de activos financieros ilíquidos en instrumentos transables y divisibles en multitud de ramas, sería de imposible o muy difícil existencia sin el auxilio de la informática (Mishkin).

La conexión intensa entre informática y actividad bancaria ha conducido a la necesidad de agrupar los contratos informáticos bancarios en diversas categorías, dependiendo de los sujetos que contratan con el Banco: a) relaciones entre los bancos (transferencia electrónica de fondos, compensación informatizada); b) relaciones entre el banco y el cliente individual (usuario) a quien se prestan los servicios tradicionales por vía informática (el *Home Banking* americano es el ejemplo mas frecuente, con manifestaciones en otros países, incluyendo Venezuela); c) relaciones entre el banco y la empresa que presta los servicios informáticos (el *hardware,* el *sofware* o ambos); d) relaciones entre el banco, la clientela, los otros bancos y las empresas de servicios (los servicios de redes mundiales o nacionales para retiro de fondos, pagos con tarjetas y claves, etc.). Debe tenerse en cuenta, como dice Vincenzo Franceschelli: "que la nueva problemática no presupone necesariamente... la creación

Cuando se trata de información solicitada por otros banqueros, situación en la cual se ponen en contradicción deberes de solidaridad y deberes de lealtad del banquero, la doctrina ha invocado un interés público en favor de los banqueros frente a un interés privado del cliente, explicación poco convincente. El funcionamiento de organismos como la Central de Riesgos permite un flujo de información cuya legitimidad depende de disposiciones legales. Lo mismo ocurre con la actividad de las empresas de suministro de datos sobre solvencia patrimonial y crédito. En todos estos casos, el derecho a la privacidad, de orden constitucional, está en juego; pero también está en juego el derecho a la libre competencia. Estaría en posición privilegiada en el mercado el banquero que se abstuviera de revelar información financiera desfavorable sobre un cliente. Por ello en España la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre regula la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito. Una instrucción de 1995 de la agencia de protección respectiva permite informar sobre situaciones en las cuales se cumplan estos requisitos: a) existencia de una deuda cierta, vencida y exigible que haya resultado impagada; b) que haya existido requerimiento de pago al deudor. Lo que sí parece fuera de duda es que la obligación cesa cuando los intereses del banquero entran en conflicto con los de su propio cliente, con ocasión de una controversia judicial en la cual la información sea necesaria para la defensa del banquero.

La violación del deber de guardar secreto tiene una consecuencia penal irrisoria (prisión de cinco a treinta días, de acuerdo al artículo 190 del Código Penal) y puede dar lugar a una reclamación de daños y perjuicios contractuales, conforme al artículo 1.271 del Código Civil. No se puede descartar una acción de daños y perjuicios extracontractuales propuesta por terceros afectados por la violación del secreto. Por último, la revelación indebida del secreto bancario constituye una irregularidad, susceptible de sanción administrativa por parte dela Superintendencia de Bancos, conforme a la Ley General de Bancos.

"A.- *Omisión de asientos de operaciones pasivas y activas en los estados financieros.*-Tales operaciones persiguen fundamentalmente la obtención de fondos o activos y se desarrollan primordialmente bajo alguna de las siguientes actuaciones: Mesas de Dinero; Operaciones de fideicomiso; Operaciones Off Shore; Créditos no registrados en el Balance.- Debe destacarse que la liberalidad con la que las instituciones financieras desarrollan operaciones de mesa de dinero y operaciones off shore, se debe a la existencia de un vacío normativo en relación a tales operaciones.- Por lo que las operaciones de Mesa de Dinero respecta, aún cuando las mismas son legales por estar previstas en el artículo 1 de la Ley General de Bancos, se estructuran mediante un sistema de venta de títulos u obligaciones que no se encuentra respaldado por condiciones de liquidez inmediata y proporcional a los volúmenes de captación, sino que normalmente sirve para que el Grupo Financiero adquiera activos que, en caso de una corrida o retiros masivos, no permitirían a la institución afrontar la contingencia de retiros masivos. Tales operaciones se utilizan muchas veces para evadir la constitución del encaje legal ante el Banco Central de Venezuela y el pago de las cotizaciones a FOGADE por los compromisos contraídos. En relación a las operaciones off *shore,* muchas veces las mismas buscan transferir los negocios a los denominados *paraísos fiscales,* donde el régimen de vigilancia es menos estricto y los impuestos son bajos. De esta forma se opone a la autoridad natural de control del Grupo Financiero al cual pertenece la entidad off shore, el problema de la doble jurisdicción y la confidencialidad que protege a dicha entidad y la exención de suministrar información a una autoridad distinta a la del *país anfitrión.* Respecto a los créditos no registrados en balance, se busca muchas veces evadir la obligación legal de colocaciones de Cartera Agrícola y el pago de las cotizaciones a la Superintendencia de Bancos, por cuanto las mismas se calculan en base al monto de los créditos concedidos y activos registrados al cierre de cada mes.

B.- Autopréstamos.- Consistente en el otorgamiento de préstamos blandos a largo plazo a la empresas propiedad de los ejecutivos o accionistas de la respectiva institución financiera, libres de garantía y en exceso de los límites estatuidos por el artículo 120 de la Ley de Bancos. En la mayoría de los casos no existió ni abono a capital ni a intereses y se apreciaron prórrogas indefinidas. Para estas operaciones se utilizaron sociedades mercantiles que escapan a la supervisión de la Superintendencia

a. que el auxilio financiero acompañado de una "cesión en propiedad" de un inmueble es, pura y simplemente, una compra-venta; como también puede ser una hipoteca, puesto que la "cesión en propiedad" se hace con fines de garantía;
b. que la "cesión en propiedad" de las acciones es una cesión en el exacto significado que tiene este negocio jurídico cuando se trata de acciones; como también puede ser una prenda, puesto que la "cesión en propiedad" se hace con fines de garantía.
A los contratos de auxilio financiero que contienen, específicamente, "cesiones en propiedad con pacto de rescate" de acciones se le pueden formular las siguientes observaciones:
a. los fondos del auxilio financiero fueron recibidos por el banco, no por los accionistas, titulares de las acciones cedidas (vendidas);
b. los titulares de las acciones no recibieron el pago de la venta o cesión con pacto de rescate, lo cual desmiente la calificación que las partes le atribuyen al contrato como "cesión en propiedad con pacto de rescate";
c. el derecho de rescate se atribuye al receptor del auxilio financiero y no al cedente de las acciones, desnaturalizando la supuesta cesión con pacto de rescate. El tercero, titular de las acciones, ni recibe el pago del precio por la venta o cesión ni recibe el derecho de recompra por la cesión con pacto de rescate;
d. es un negocio de garantía. En efecto, en el Capítulo correspondiente al "Cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Banco", se dice: "A los fines del cumplimiento de la obligación de pago asumida por el Banco en virtud del presente contrato, son cedidos al Fondo en propiedad con pacto de retracto... etc.". De modo que existe un negocio principal de crédito (el auxilio financiero: mutuo), del cual la cesión o venta no es sino un negocio accesorio (cualidad típica de los contratos de garantía). Se debe recordar el principio elemental de que a los negocios jurídicos se debe reconocer la cualidad que resulte de su naturaleza y no la calificación que le atribuyan las partes.

Las observaciones precedentes son las que explican que Fogade haya procedido en las asambleas de accionistas de algunos bancos que recibieron auxilios financieros, realizadas en el mes de mayo de 1994, a renunciar a la titularidad de las acciones. De ese modo se evitó la consumación de un eventual pacto comisario.

En el derecho comparado, la adquisición de acciones de bancos que han perdido su capital se lleva a cabo a través de un verdadero contrato de cesión, partiendo del reconocimiento por ambas partes de que las acciones carecen de valor, razón por la cual se les atribuye un precio simbólico. No pueden ser objeto de garantía cosas que carecen de valor, como es el caso de las acciones de las soceidades anónimas que no representan capital alguno, entre otras razones, por las consecuencias administrativas, civiles y penales que tendría un negocio jurídico de tal naturaleza para los funcionarios públicos que intervengan en esa operación."

En cuanto concierne al pago de la garantía de los depósitos, la norma que consagraba la restitución, el artículo 227 de la Ley General de Bancos, tuvo que ser reformada, no sólo para modificar el monto de la garantía, sino para establecer que esta es una garantía "por depositante, entendiéndose como tal, *toda* persona natural o jurídica que tenga titularidad de una cuenta, en forma conjunta o individual", es decir, *cada una* de las personas que aparezca como titular de una cuenta, conjunta o individual (art. 21 de la Ley de Regulación de la Emergencia Financiera). De esta manera se aclaró una situación que ha sido motivo de controversia en el derecho comparado, ya que "es un postulado consagrado en la doctrina y en la jurisprudencia de todos los países" que "la facultad solidaria de operar sobre la cuenta es sólo una modalidad de *ejercicio* del derecho contractual (de crédito) frente al Banco que no incide sobre la titularidad *real* de los bienes depositados" (Muñoz-Planas).

Con ocasión de la crisis bancaria venezolana de 1994, el autor de este libro tuvo ocasión de hacer las siguientes consideraciones:

"*1. No hay legislación perfecta para evitar crisis bancarias*

Cuando se hace una revisión de los sistemas jurídicos que regulan la actividad bancaria, lo primero que sale a la luz es que el buen funcionamiento de la banca y el más eficaz régimen de las crisis proviene, no de la legislación sino de las prácticas de los banqueros. El peculiarísimo y aristocrático régimen inglés, en el cual no todos los bancos pueden hacer negocios con el Banco de Inglaterra, evita que un recién llegado a la

prácticamente imposible proceder en Venezuela como se ha hecho en otros países con crisis bancarias individuales famosas, como el caso del Continental Illinois en los Estados Unidos o con Banesto en España: una acción rápida, sin cierre de oficinas, con plenas garantías para depositantes y acreedores, con la solidaridad de los banqueros y la anuencia del público.

La experiencia que se ha acumulado en Venezuela con los colapsos individuales de algunas instituciones financieras y, especialmente, con la crisis bancaria global de 1994, debería permitir un manejo más acertado del proceso que falta, pues la crisis no llegará a su final hasta que todos los integrantes del sistema financiero resulten confiables, es decir, hayan sido saneados rápida y oportunamente. Los modelos de intervención y saneamiento del Banco Latino y de intento de salvamento e intervención de los bancos Amazonas, Bancor, Barinas, Construcción, La Guaira, Maracaibo, Metropolitano y Fiveca no parecen repetibles, el primero como éxito y el segundo como fracaso, por la sencilla razón de que su costo es insoportable.

Una solución tiene que comenzar por el reconocimiento de que la banca venezolana, en su conjunto, fue afectada sucesivamente por el desconocimiento de su deuda externa y por la carga de las cartas de crédito en moneda extranjera. A continuación, la crisis económica de los últimos años, con la persistente alza de las tasas de interés, produjo un deterioro de la calidad de las carteras de crédito y la acentuación de la perversa tendencia a buscar sustitutos de la labor de intermediación en negocios más o menos riesgosos. Unos bancos fueron más prudentes que otros, pero la gran mayoría participó de la distorsión del negocio bancario, con la tolerancia de la autoridad bancaria. Fue por esas razones que el artículo 301 de la Ley General de Bancos de 1994 previó un "plan de ajuste" a la nueva Ley. Si se parte de la premisa de que existe un problema colectivo al cual hay que buscar una solución también colectiva, se pudieran articular alternativas con la participación de todos los interesados: los banqueros, la sociedad civil y el Estado."

Las crisis bancarias están sometidas por la Ley General de Bancos y otras instituciones financieras de 2001 (en nuevo proceso de reforma, según ha sido anunciado por la autoridad de supervisión bancaria), a un nuevo sistema de intervención, al cual se hace referencia en un estudio del autor de este Curso titulado "La crisis de la empresa mercantil" que debería formar parte de

una norma de orden público, dictada en protección de los terceros. La postergación de esta norma por una resolución administrativa de la Superintendencia de Bancos, equivalente a la desaplicación de una norma protectora por otra de mayor jerarquía, compromete la responsabilidad de la Administración Pública.

VIII. 4. 2. La estatización

La *estatización* consiste, según el artículo 381 de la Ley de Bancos, en la asunción del control accionario, total o mayoritario, de un banco, sin que cese en su actividad de intermediación financiera, por parte del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria o cualquier otro ente del Estado. El procedimiento lo inicia la Superintendencia de Bancos, la cual acuerda la estatización mediante una resolución administrativa, notifica a la institución financiera mediante publicación en la Gaceta Oficial y envía el expediente administrativo a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Esta instancia jurisdiccional notifica, abre el juicio a pruebas y resuelve sobre la procedencia de la medida y acerca de la justa indemnización. El expediente es luego remitido en consulta a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Acordada la estatización, se realizará la venta de las acciones mediante un curioso procedimiento: venta en subasta pública por la nueva Junta Directiva del banco, la cual puede ser sustituida por la transferencia de los activos y depósitos del público a otra institución financiera. El mismo día en que el Estado adquiera el control accionario celebrará una asamblea parea designar a la Junta Directiva de la institución de que se trate. La estatización es una expropiación iniciada por un órgano administrativo y tramitada por la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual no tiene competencia por la materia para conocer de un asunto de tal naturaleza. El juez natural de la expropiación es el juez civil, mediante un procedimiento especial. El desplazamiento de competencia hecho por la Ley de Bancos es inconstitucional, por ser contrario a la esencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (Fogade) conforme a normas dictadas por este organismo (Gaceta Oficial Nº 36.657 de 9 de marzo de 1999).

El régimen de los llamados mecanismos extraordinarios por la Ley General de Bancos ha recibido justificadas críticas por las imperfecciones de que adolece. A pesar de la ya larga experiencia acumulada por los órganos de supervisión en el manejo de crisis bancarias y de las reformas a que ha sido sometida la legislación del sector, las lagunas normativas son importantes. Por ejemplo: 1. nada se dispone sobre los contratos concluidos por el deudor antes de que la crisis haya recibido reconocimiento oficial con el acto administrativo correspondiente. No existe una declaración legislativa de nulidad de los actos fraudulentos realizados por el banquero en el período sospechoso, como ocurre con la quiebra, según los arts. 945 a 948 del Código de Comercio, dejándose sin sanción civil específica estos actos; 2. tampoco se dispone sobre la persona del deudor, sometido a inhabilitación para la administración de todos sus bienes y a la pérdida de la cualidad de comerciante en el proceso de quiebra; ni sobre las distintas categorías de acreedores de los bancos que no sean depositantes de fondos; ni sobre los contratos bilaterales del banquero con los terceros; 3. no se regulan adecuadamente los asuntos de derecho societario vinculados al funcionamiento de la empresa financiera durante la crisis; d. no hay una adecuada conceptualización de las instituciones propias de la crisis, a las cuales el legislador llama mecanismos extraordinarios (la intervención, la rehabilitación, la estatización, la transferencia, la liquidación). El legislador procede como si las figuras mencionadas estuvieran debidamente precisadas, fueran conocidas y no hubiera necesidad ni siquiera de hacer remisión alguna; 4. falta compatibilizar el régimen de los procesos concursales existentes en el Código de Comercio con los mecanismos extraordinarios, especialmente con el de la liquidación administrativa, 5. la complejidad de los actos administrativos relacionados con los mecanismos extraordinarios, que comportan la concurrencia de varios órganos en la toma de decisiones y la

necesaria observancia de procedimientos, es fuente potencial de conflictividad relacionada con la validez de los actos y de lentitud y burocratización del control de las crisis. Estas objeciones no son las únicas. Quizás la más delicada tiene que ver con la colocación de las crisis bancarias fuera del ámbito jurisdiccional y su desplazamiento al ámbito administrativo, bajo la dirección de órganos que no tienen competencia –ni podrían tenerla- para resolver los conflictos vinculados con las relaciones jurídicas de la empresa bancaria y su funcionamiento, cuestiones que sí sería posible discutir en los procesos concursales regulados por el Código de Comercio cuya aplicación excluye la Ley General de Bancos. El resultado práctico de esta anómala situación es la impunidad civil y penal, bajo una pesada sospecha de corrupción.

IX. RESUMEN

1. El negocio de banca es muy antiguo, pero en Venezuela sólo comienza a tener manifestaciones a partir del siglo XIX. En la colonia apenas si existieron monedas y el comercio se hacía por medio del trueque, con perlas y con las escasas monedas provenientes del comercio de exportación:
2. La organización bancaria venezolana es híbrida: permite el sistema de la banca especializada y el de la banca múltiple o integrada;
3. El concepto tradicional de banco corresponde al de intermediario con el dinero y con los títulos. El moderno hace referencia a la empresa industrial del crédito;
4. La regulación legal de la banca acusa serias deficiencias. No sólo carecen de tratamiento las nuevas formas de contratación y los negocios modernos de banca, sino las figuras contractuales tradicionales.
5. El régimen jurídico de la banca está integrado por una multiplicidad de leyes y por usos bancarios.

COSTI, Renzo: "L'ordinarnento bancario"; Il Mulino, Bolonia 1986.

CRAZUT, Rafael J.: "El Banco Central de Venezuela. Notas sobre la historia y evolución del Instituto 1940-1970"; Banco Central de Venezuela, Colección XXX Aniversario, Caracas 1986.

ESCOBAR CH., José Benjamín: "La nueva regulación bancaria", en "Sistema financiero y derecho" (XX Jornadas J.M. Domínguez Escovar); Barquisimeto 1995.

ESTEVES LLAMOZAS, Héctor; ESTEVES A., José Tomás: "Léxico financiero-bancario; Mobilibros, Caracas 1994.

FAJARDO GARCÍA, I. Gemma: ""Fundamentación y protección constitucional del secreto bancario"; Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Nº 39, Año X, julio-septiembre 1990, Madrid.

FARACO R., Francisco J.; SUPRANI M., Romano: "La crisis bancaria venezolana", Editorial Panapo, Caracas 1995.

FOLCO, Carlo: "Il sistema del diritto della banca", Tomo 1; Giuffrè, Milano 1968.

FRANCESCHELLI, Vincenzo: "Informática e sistema bancario", en "Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells", Tomo II; La Ley, Madrid 1994.

GARRIGUES, Joaquín: "Contratos bancarios"; Talleres de Silverio Aguirre Torre, Madrid 1958.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín: "Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil"; Civitas, Madrid 1981.

GAVALDA, Christian; STOUFFLET,:

GOVEA LEININGER, Manuel: "Operaciones bancarias. Las principales operaciones activas de los bancos de crédito ordinario"; Ediciones Fabretón, Caracas 1972.

GRECO Pablo: "Curso de derecho bancario"; Editorial Jus, México 1945.

HAMEL, Joseph; LAGARDE, Gastón; y JAUFFRET, Alfred: "Droit Commercial", Torne Deuxieme; Dalloz, París 1966.

JIMÉNEZ DE PARGA, R.; cita de Cazorla Prieto, Luis María, en obra citada arriba.

LABANCA, Jorge: "El secreto bancario"; Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1968.

LEPERVANCHE MICHELENA, René: "Banca universal", en "Sistema financiero y derecho" (XX Jornadas J. M. Domínguez Escovar); Barquisimeto 1995.

MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P.: "Banking Law and Regulation"; Little, Brown and Company, Boston-Toronto-London 1992.

MALAGARRIGA, Juan Carlos: "El secreto bancario"; Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1970.

MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto: "Sistemas financieros"; Biblioteca Felaban, Bogotá 1994.

MISHKIN, Frederic S. "The economies of banking, and financial markets", tercera edición; Harper Collins, 1992.

MOLLE, Giacomo: "Manual de derecho bancario", traducido por Mario Alberto Bonfanti, segunda edición (reimpresión); Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1994.

MORLES HERNANDEZ, Alfredo:

a. "Régimen Legal del Mercado de Capitales"; Universidad Católica Andrés Bello,- Caracas 1979;

b. "Régimen legal de las crisis bancarias"; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, Nº 50, Caracas 1994;

c. "Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda)", ponencia presentada en los Encuentros de Juristas Iberoamericanos, Toledo 1994; libro coordinado por Fernando Sánchez Calero; Fundación BBV, Civitas, Madrid 1996.

MUÑOZ-PLANAS, José María: "Titularidad y "propiedad" en las cuentas bancarias indistintas", en "Estudios de derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells; Tomo II, La Ley, Madrid 1994.

ORSINGHER, Roger: "Les banques dans le monde"; Payot, París 1964.

RIVES-LANGE, Jean-Louis; CONTAMINE-RAYNAUD, Monique: "Droit bancaire", sexta edición; Dalloz, París 1995.

RODNER, James Otis:

a. "Elementos de finanzas internacionales"; impreso por Editorial Sucre, Caracas 1987;

precios marcan una tendencia que se hace presente en un momento dado. La del precio de cierre puede consolidarse en la próxima reunión, como puede también alterarse. Con razón el artículo 118 del Código de Comercio, cuando prescribe la manera de determinar el *justo precio* o el *precio corriente* de los efectos públicos y de los títulos industriales, ordena que se acuda a la *lista de cotización* de la Bolsa de la localidad, puesto que la lista permite calcular el precio promedio. Sin embargo, no todas las operaciones entran en el cálculo del promedio. La Junta Directiva de la Bolsa de Valores de Caracas ha fijado el monto mínimo de una transacción, para que pueda fijar cotización.

La disposición correspondiente del Reglamento Interno de la Bolsa de Valores de Caracas, artículo 6, es del siguiente tenor: "El precio oficial de los valores que se coticen en la Bolsa, será determinado por el de la última operación realizada al contado por el lote que el Director de la Rueda considere suficiente para determinar cotización, conforme a las condiciones del mercado. En ningún caso, dicho lote podrá ser inferior a un valor efectivo de diez mil bolívares (Bs. 10.000,oo)".

Esta norma debe ser interpretada y aplicada respetando su conexión con los artículos 58 del Código de Comercio y 93 de la Ley de Mercado de Capitales, de rango superior, a los cuales no puede contrariar. Lo que quiso expresar la autoridad reglamentaria fue que para que una operación de cierre pueda formar parte del conjunto de operaciones que contribuyen a formar la cotización del día o precio oficial, debe tratarse de una operación idónea, "conforme a las condiciones del mercado", que represente un *lote* que el Director de la Rueda considere suficiente para *determinar* cotización, es decir, para contribuir a la formación de la cotización del día. Una interpretación simplemente literal y aislada, por medio de la cual se llegue a la conclusión de que la operación de cierre establece la cotización del día es contraria al texto explícito y a la intención de dos normas legales que dicen una cosa totalmente distinta, los artículos 58 del Código de Comercio

bursátiles puedan llegar a tener la categoría de usos normativos está en función de los mismos factores que deberían estar presentes en el caso de los usos mercantiles en general.

La contratación bursátil tiene dos vertientes, la de las relaciones del operador de bolsa con su cliente, las cuales dan lugar al contrato denominado *orden de bolsa,* y la del contrato perfeccionado entre los corredores o *contrato bursátil* propiamente dicho, cuyas diversas variedades están previstas en los reglamentos bursátiles.

A partir de la instalación del sistema electrónico, aprobado por el Reglamento del Sistema Automatizado de Transacciones Bursátiles (SATB) de la Bolsa de Valores de Caracas C.A., teóricamente las operaciones de bolsa se pueden llevar a cabo en las *ruedas* y se rigen por el Reglamento del 18 de noviembre de 1993 o en las *sesiones* y se someten al Reglamento del Sistema Automatizado del 10 de enero de 1994. El sistema tradicional de las ruedas ha sido desplazado a un segundo lugar y prácticamente ha desaparecido. En efecto, sólo "por vía de excepción podrá ser habilitado el mecanismo de negociación de acciones a viva voz cuando se presenten causas que incapaciten la apertura o la continuidad de la negociación en el sistema electrónico". Por otra parte, los títulos valores que se negocien en las sesiones no se pueden negociar en las ruedas y viceversa (art. 1º Reglamento SATB). Desde que el sistema automatizado comenzó a funcionar no se han realizado mas ruedas en la Bolsa de Valores de Caracas. El artículo 27 del Reglamento de las sesiones remite a la aplicación del Reglamento Interno "en todo lo no previsto" en aquél, siempre que las normas no sean incompatibles con el sistema automatizado.

La contratación bursátil debe respetar el principio de la transparencia. A tal efecto, el artículo 44 del Reglamento Interno de la Bolsa de Valores de Caracas otorga a los contratantes que resulten víctimas del uso de información privilegiada *(insider trading),* el derecho a pedir la anulación de la operación. La disposición está formulada de la siguiente manera: "Los directores, administradores, funcionarios, empleados y toda otra persona

acción de la Bolsa, por herencia, donación, legado, remate, etc., pero no ser admitido como miembro. La adquisición *voluntaria* de una acción de la Bolsa está sometida siempre a la condición suspensiva de que la Junta Directiva de la Bolsa admita al adquirente como miembro de la corporación, acto que remueve la condición suspensiva a la cual está sometida la adquisición del carácter de accionista. La adquisición *no voluntaria* de una acción de la Bolsa, en cambio, confiere directamente el carácter de accionista pero no la cualidad de miembro, la cual depende de una solicitud del interesado y de un acto de calificación y admisión del órgano competente (la Junta Directiva de la Bolsa).

La admisión se realiza sobre la base del examen de la solvencia económica y moral del postulante. En fuerza de una larga tradición, antes de la promulgación de la Ley de Mercado de Capitales en 1973, el rechazo no requería justificación. Bastaba "echar bola negra", expresión que se refería al color de los instrumentos usados para votar (el negro indicaba negativa). Esa situación se ha modificado: para negar la admisión a una persona se requiere un voto de mayoría calificada de los miembros de la Junta Directiva (4 sobre 5) y basar la decisión *en causa justificada* (artículo 12 del Reglamento Interno de la Bolsa de Valores de Caracas). Causa justificada puede ser la existencia de malas "referencias" o recomendaciones que señalen la inconveniencia de admitir como miembro a una determinada persona, aunque su solvencia económica no esté en duda. En el presente caso se está frente a un típico supuesto de apreciación de la *idoneidad* de una persona para el ejercicio de una función que tiene repercusión en el buen orden de las instituciones del sector financiero, así como del juzgamiento de la aptitud de un intermediario del mercado en el cual se debe ejercer la profesión teniendo en cuenta que están de por medio los intereses de los inversionistas, muchos de ellas usuarios protegidos por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y, en todo caso, por la Ley de Mercado de Capitales. El órgano encargado de la admisión debe efectuar un enjuiciamiento administrativo para asegurarse, hasta donde ello sea posible, de que el nuevo miembro va a observar

una conducta inobjetable, no va a abusar de su monopolio y no se va a ver envuelto en actividades de manipulación del mercado, incompatibles con el principio de libre oferta y demanda.

VII.3.2 Control de la actividad profesional del corredor

El corredor de bolsa desempeña una actividad profesional de tradición muy antigua, en la cual la corrección, la seriedad, la honestidad, el decoro, juegan un papel muy importante. El respeto que los corredores tienen por sí mismos y por su institución se La Bolsa obliga a los corredores a ejercer su profesión en forma digna: les exige disponer de una oficina abierta al público; regula la organización empresarial que utilizan para el desempeño de su actividad, la cual puede adoptar la forma de sociedad en nombre colectivo o de sociedad anónima; les confiere el derecho de tener apoderados, auxiliares o dependientes; les reclama el cumplimiento de la Ley, de los Reglamentos y de los usos; les impone el deber de mantener una conducta correcta, ceñida a los usos y costumbres bursátiles. El conjunto de deberes y de derechos que tienen los corredores son típicos de las organizaciones corporativas y no tienen nada que ver con el carácter de sociedad anónima de la Bolsa, a no ser una indirecta vinculación con el principio de *affectio societatis*. Esta relación peculiar obliga al corredor a mantener un intenso deber de colaboración con la institución de la cual forma parte. No puede adoptar el corredor una actitud reticente con la institución, con sus autoridades o con sus colegas.

VII.3.3 Regulación de los negocios jurídicos del corredor

La Bolsa está obligada a velar por el estricto cumplimiento de las operaciones bursátiles de acuerdo con los términos pactados por las partes y a mantener el correcto funcionamiento del mercado bursátil (letras b y c artículo 2º del Reglamento Interno de la Bolsa de Valores de Caracas), a cuyo efecto las operaciones pactadas por los corredores en las ruedas o en las sesiones electrónicas están sometidas a ejecución coactiva por la propia bolsa. Para asegurar esos fines, la Bolsa exige a los corredores mantener garantías para

una conducta inobjetable, no va a abusar de su monopolio y no se va a ver envuelto en actividades de manipulación del mercado, incompatibles con el principio de libre oferta y demanda.

VII.3.2 Control de la actividad profesional del corredor

El corredor de bolsa desempeña una actividad profesional de tradición muy antigua, en la cual la corrección, la seriedad, la honestidad, el decoro, juegan un papel muy importante. El respeto que los corredores tienen por sí mismos y por su institución se La Bolsa obliga a los corredores a ejercer su profesión en forma digna: les exige disponer de una oficina abierta al público; regula la organización empresarial que utilizan para el desempeño de su actividad, la cual puede adoptar la forma de sociedad en nombre colectivo o de sociedad anónima; les confiere el derecho de tener apoderados, auxiliares o dependientes; les reclama el cumplimiento de la Ley, de los Reglamentos y de los usos; les impone el deber de mantener una conducta correcta, ceñida a los usos y costumbres bursátiles. El conjunto de deberes y de derechos que tienen los corredores son típicos de las organizaciones corporativas y no tienen nada que ver con el carácter de sociedad anónima de la Bolsa, a no ser una indirecta vinculación con el principio de *affectio societatis*. Esta relación peculiar obliga al corredor a mantener un intenso deber de colaboración con la institución de la cual forma parte. No puede adoptar el corredor una actitud reticente con la institución, con sus autoridades o con sus colegas.

VII.3.3 Regulación de los negocios jurídicos del corredor

La Bolsa está obligada a velar por el estricto cumplimiento de las operaciones bursátiles de acuerdo con los términos pactados por las partes y a mantener el correcto funcionamiento del mercado bursátil (letras b y c artículo 2° del Reglamento Interno de la Bolsa de Valores de Caracas), a cuyo efecto las operaciones pactadas por los corredores en las ruedas o en las sesiones electrónicas están sometidas a ejecución coactiva por la propia bolsa. Para asegurar esos fines, la Bolsa exige a los corredores mantener garantías para

responder de los negocios en que intervienen. El Reglamento atribuye a la Junta Directiva la facultad de variar los montos de estas garantías (artículos 19 y 20 del Reglamento antes citado). La Bolsa tiene, además, competencia para determinar las *condiciones* a las cuales deben sujetarse los contratos en que intervengan los corredores (ordinal 1°, artículo 101 de la Ley de Mercado de Capitales, en concordancia con los artículos 49 y 72 del Código de Comercio).

VII.3.4 Régimen disciplinario

La concurrencia de un régimen corporativo (miembro) con un régimen societario (accionista) en el corredor de bolsa, explica que pueda llegar a perderse la condición de accionista como consecuencia de una sanción al miembro. Dice a este respecto el artículo 98 de la Ley de Mercado de Capitales:

> "La expulsión de un miembro de la bolsa producirá la suspensión de todos los derechos inherentes a su acción, la cual deberá ser mantenida en la tesorería de la bolsa durante seis (6) meses en garantía de cualquier responsabilidad que surja a cargo del miembro excluido. Cumplido este lapso sin que hubiere reclamación alguna pendiente, la Junta Directiva podrá vender la acción por cuenta del miembro excluído."

Cuando la sanción impuesta al miembro sea la de suspensión, éste no pierde la condición de accionista. Expresa el artículo 125 del Reglamento Interno:

> "Los miembros suspendidos no perderán sus derechos como accionistas de la Bolsa de Valores de Caracas, pero no podrán asistir durante la suspensión a las Ruedas de Corredores, personalmente ni a través de apoderados ni de representantes".

principio relativo al dominio sobre los demás bienes muebles: la posesión vale título. Esta circunstancia no se altera por el hecho de que sobre esos bienes se emitan títulos representativos, puesto que el portador legítimo de los títulos de esta clase adquiere derechos sobre el título con los riesgos que son inherentes al dominio sobre los bienes muebles. Nada impide, sin embargo, que el depositario exija la demostración de la propiedad por parte del depositante. En efecto, siendo aquél responsable de las operaciones de depósito que efectúe y consiguientemente de los certificados que emita para hacerlos constar (artículo 43 Ley), está en función de su propio interés de depositario evitar conflictos sobre el derecho de propiedad de los bienes depositados.

El depositario está obligado a examinar el estado de las cosas que se le entreguen y hacer constar en el acto las diferencias o deterioros que advirtiere (artículo 383 del Código de Comercio), pero no puede tratar de conocer cuáles son las cosas depositadas en su poder, si le han sido entregadas en un cofre cerrado o bajo cubierta selladas (artículo 1.760 del Código Civil), "norma que, por analogía, debe extenderse a todos aquellos casos en que el depositante haya empleado un procedimiento de entrega que revele el deseo de mantener secreto el objeto del depósito" (Aguilar Gorrondona).

Cuando por cualquier causa o circunstancias se observare en las especies o géneros depositados comienzos de daños, desmejoras o descomposición que amenacen extenderse a toda la existencia de las mismas especies o géneros, el depositario dará aviso inmediato personalmente o por la prensa a los eventuales poseedores de los certificados de depósito y bono de prenda y procederá a la venta de los artículos en remate que presenciará el Tribunal (artículo 13 Ley). Cuando sea necesario evitar la "próxima pérdida o deterioración" de los efectos depositados o "su gran costo de conservación" y la venta de todo o parte de los efectos se hiciere tan *urgente* que no haya tiempo para esperar disposiciones especiales del depositante, deberá el depositario hacer la venta en almoneda pública, dando cuenta sin dilación al depositante (artículo 397 del Código de Comercio).

El depositario en almacén general está obligado a prestar algunos cuidados especiales a la cosa depositada:

a) asegurar contra incendio las mercancías y productos recibidos, por cuenta de los depositantes, si éstos no lo hubieren hecho (artículo 8º Ley);

b) distinguir con una contramarca las mercancías de la misma especie que reciba de distintos depositantes artículo 398 del Código de Comercio);

c) hacer practicar un reconocimiento de los géneros o especies depositados, por un experto que nombrará el Tribunal, cuando se observen comienzos de daños, desmejoras o descomposición que amenacen extenderse a toda la existencia de los mismos géneros o especies (artículo 13 Ley);

d) permitir al titular del certificado de depósito el retiro de una parte de dos artículos, cuando sea posible su cómoda división, contra entrega de una cantidad de dinero proporcional al monto de la deuda que conste en el certificado de garantía, y pago de la parte proporcional de las obligaciones contraidas a favor del Fisco y de los almacenes (artículo 21 Ley)

e) permitir a los portadores legítimos de certificados de depósito o de bonos de prenda la inspección y examen del estado y condición de las cosas depositadas y el retiro de muestras de las mismas, si se prestan a ello por su naturaleza (artículo 40 Ley);

f) permitir al portador de un certificado de depósito con su bono de prenda que se fraccione o divida el depósito en dos o más lotes y se entreguen títulos por cada lote (artículo 42 Ley)

El depositario tiene privilegio para el pago de su crédito (ordinal 2º, artículo 1.871 del Código Civil, en concordancia con el artículo 393 del Código de Comercio y el artículo 22 de la Ley) y puede retener la cosa depositada hasta el pago total de cuanto en

le deba en razón del depósito (artículo 1.774 del Código Civil, en concordancia con los artículos 20 y 21 de la Ley). El derecho de retención se extiende a la cantidad que eventualmente deposite el tenedor del certificado de depósito (aparte *in fine* artículo 21 Ley). Cuando la cosa sea rematada de conformidad con el artículo 25 de la Ley, el producto de los artículos depositados se aplicará por los almacenes en el orden siguiente: 1º, al pago de los impuestos, derechos o responsabilidades fiscales por las mercancías depositadas; 2º, al pago de la deuda de los almacenes conforme al contrato de depósito; 3º, al pago del valor consignado en el bono de prenda (artículo 32 Ley).

El depositario debe actuar corno delegatario o funcionario auxiliar del órgano jurisdiccional, en caso de que deba procederse al remate de la cosa, en los casos siguientes: 1º, cuando el precio de los efectos depositados bajare de manera que no baste a cubrir el importe de la deuda con sus intereses y un 30% mas, a solicitud del poseedor legítimo del bono de prenda; 2º, a falta de pago al vencimiento del crédito garantizado con el bono de prenda; 3º, cuando lo pidieren las autoridades fiscales, en razón del vencimiento del plazo para el pago de los derechos, impuestos o gravámenes a que estén sujetos los artículos depositados; 4º, cuando transcurrieren ocho días, después de haberse vencido el plazo del depósito sin que las mercancías depositadas se hubieren retirado. Este régimen hace del depósito en almacén general un contrato de ejecución forzosa para el depositante.

El depositario debe restituir la misma cosa que ha recibido (artículo 1.761 del Código Civil), porque la cosa depositada no es fungible y el depósito no es traslativo de la propiedad (Aguilar Gorrondona). La cosa se restituye en el *estado* en que se encuentre al momento de la restitución, porque los deterioros sobrevenidos sin culpa del depositario son de cargo del depositante (principio *res perit domino* aplicable no sólo a la pérdida, sino al deterioro de la cosa) (Aguilar Gorrondona). La restitución puede anticiparse, si causa perjuicio al depositario o si la cosa peligra en su poder (artículo 1.771, 2º aparte). La regla de derecho común según la

las cosas. A este respecto se afirma que las cosas mueren para que nazcan los títulos o que las cosas depositadas en almacén general gozan de inmunidad, para poner de relieve su carácter inalcanzable para los terceros. La justificación se encuentra en el hecho de que si se permitiera una división de la posesión entre el título y la cosa, se crearían situaciones francamente insolubles (Vivante) y se afectaría la buena fe de quienes negocian los títulos representativos. La emisión de éstos se basa en un principio de identidad (inescindibilidad) entre título y cosa. Sobre la inembargabilidad de los bienes depositados en los almacenes generales de depósito ha escrito Toro Cisneros: "Si los acreedores del primer depositante pudieran embargar directamente los bienes depositados en vez del título y resultara que dicho primer depositante había endosado el Certificado de Depósito y por ende, transmitido la propiedad y posesión de los mismos, dicho embargo, contrariamente a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, se habría practicado sobre bienes que no se encuentran en posesión del demandado (primer depositante). Lo mismo ocurriría si el demandado no fuera el primer depositante sino cualquiera otra persona que hubiera podido haber adquirido el Certificado de Depósito, pues esa persona, a su vez, también habría podido endosarlo. En cierto modo ocurre lo mismo con una letra de cambio o un pagaré. El derecho de crédito representado en dichos instrumentos no puede ser embargado con sólo notificarle al aceptante, en el acto del embargo, que no debe proceder al pago, pues dicho embargo no impide la circulación de la letra o pagaré por medio del endoso. (Omissis). El embargo directo de los bienes depositados resulta contrario al carácter representativo que la Ley atribuye al Certificado de Depósito".

IX. LA REFORMA DEL RÉGIMEN LEGAL DE LOS ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO

En 1988 fue presentado a la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados un Proyecto de Ley de Almacenes Generales de Depósito, redactado por una Comisión que estuvo

compuesta por los doctores Mariela Rey de Quintero y Angel Carrasquero Uzcátegui, quienes representaron al Ejecutivo Nacional y a la Cámara Venezolana de Almacenes Generales de Depósito, respectivamente. El texto elaborado por estos distinguidos abogados mejora notablemente la ley actual y es digna de recibir la sanción legislativa.

X. RESUMEN

1. El depósito de bienes muebles y la emisión simultánea de títulos representativos (certificado de depósito y bono de prenda) es facultad exclusiva de los almacenes generales de depósito, institución regulada por ley especial;
2. El depósito en almacén general no está individualizado como acto de comercio por el Código, el cual se refiere al depósito por causa de comercio (numeral 19, artículo 2°) y al depósito mercantil (artículos 532 a 534). Se trata, sin embargo, de un acto de comercio absoluto, en razón de la mercantilidad de los títulos emitidos;
3. La actividad comercial desarrollada por los almacenes generales de depósito es, simultáneamente, una actividad de carácter público;
4. El contrato de depósito en almacén general está gobernado por normas de la Ley de Almacenes Generales de Depósito, de su Reglamento, del Código de Comercio y del Código Civil. El Código de Comercio remite a las normas del contrato de comisión, disposiciones que privan sobre las del Código Civil. Este contrato es, generalmente, de depósito regular; supone una responsabilidad hasta por culpa levísima para el depositario; no obliga al depositario a cerciorarse acerca de la propiedad de la cosa depositada; impide al depositario conocer el contenidos de los bultos sellados; permite la ejecución coactiva de las obligaciones

ESTE EJEMPLAR SE TERMINO DE IMPRIMIR
EN LOS TALLERES DE EDITORIAL TEXTO
AV. EL CORTIJO, QUINTA MARISA, Nº 4
LOS ROSALES - CARACAS - VENEZUELA
TELEFONO: 632.97.17

PLAN GENERAL DE LA OBRA
CURSO DE DERECHO MERCANTIL

El profesor Alfredo Morles Hernández es abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela en 1951, con el título de Doctor en Ciencias Políticas. Obtuvo un *Master in Comparative Law* en la *Southern Methodist University,* en Dallas, Texas, Estados Unidos de América, en 1959; y en 1959 y 1960 hizo cursos de Economía en el *Institut des Sciences Politiques* de la Universidad de París.

El Dr. Morles es profesor de Derecho Mercantil y fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello; ha dictado cursos de postgrado en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Central de Venezuela; ha sido miembro y Presidente de la Comisión de Reforma del Código de Comercio; es Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales; y ha publicado, entre otras obras: Régimen Legal de las Crisis Bancarias; Curso de Derecho Mercantil; Régimen Legal del Mercado de Capitales; Mercados de Instrumentos Financieros e Intermediación; Oferta Pública de Adquisición y Compendio de Derecho Mercantil I.